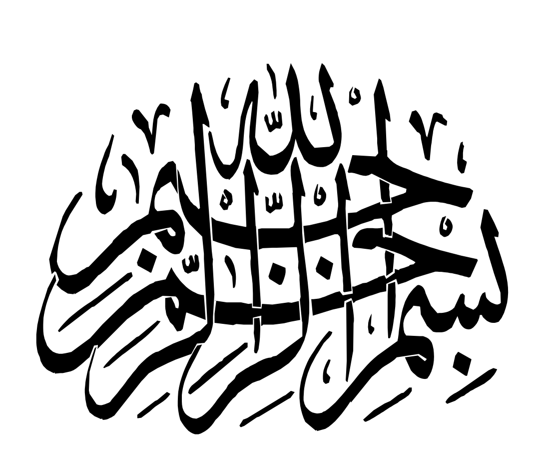
الموســــوعة الشـــاملة
في

البيــــــوع البــاطلة

في ضوء القضاء والفقه

(الجزء الثاني)

تأليف
شـــريف أحمد الطبـــاخ
المحامى
بالنقض والإدارية العليا


بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَأَمَّا الزَّبَدُ فَيَذْهَبُ جُفَاء وَأَمَّا مَا يَنفَعُ النَّاسَ فَيَمْكُثُ فِي الأَرْضِ
كَذَلِكَ يَضْرِبُ اللّهُ الأَمْثَالَ ﴾

الرعد١٧

- **للدائن الحق في العدول عن طلب الفسخ** :

يجوز للدائن، بعد رفعه دعوى الفسخ، أن يعدل عن طلب الفسخ قبل صدور الحكم النهائي به إلى طلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض، فمثلاً للبائع الذي لم يستوف ثمن المبيع ورفع ضد المشتري دعوى بفسخ البيع يجوز له أن يعدل طلبه إلى طلب التنفيذ إذا رأى أن له مصلحة في ذلك إذا كان مدينه موسراً، ولكنه البائع يطلب غالباً الفسخ إذا وجده معسراً .

وللدائن إذا كان قد رفع الدعوى بالتنفيذ في أول الأمر أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ ما لم يكن قد نزل عن أحد هذين الطلبين ، ولكن ومجرد رفع الدعوى بأي طلب منهما لا يعتبر نزولاً عن الطلب الآخر . لكن لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ، فلا يجوز طلب الفسخ مع إلزام المدين بدفع الأقساط المستحقة عليه والتي لم يسددها، وإنما يكون للدائن أن يطلب تعويضاً عما أصابه من ضرر جراء الفسخ . (السنهوري ص٢٨٣ – حسام الأهواني ص٥٦٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشتري عند تأخير البائع في التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العيني أو طلب فسخ البيع من التضمينات في الحالتين، كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ، وليس في رفع الدعوى بأي من هذين الطلبين نزول عن الطلب الآخر فإن هذا الذي قررته المحكمة هو صحيح في القانون" (١٩٥٢/١٢/٢٥ مجموعة القواعد القانونية ٢٥ – ٨٥٢)

- **التنـــازل عــن الفســـخ** :

يجوز للدائن التنازل عن حقه في طلب الفسخ وقد يكون هذا التنازل صراحة أو ضمناً وذلك وفقاً للقواعد العامة طالما أن للدائن الحق قانوناً في طلب الفسخ إذا لم ينفذ المدين التزامه فله من باب أولى التنازل عن هذا الحق .

وقد قضت محكمة النقض بأن "مطالبة المؤجر بالأجرة أو قبوله لها لا يعتبر بذاته تنازلاً منه عن طلب الفسخ أو عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ" (الطعن رقم ٣٨٢٩ لسنة ٦٦ق جلسة ٢٠٠١/١/٣)، وبأنه "لئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا لم ينفذ المشتري التزامه بوفاء باقي الثمن عملاً بنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدني، إلا أنه وفقاً للقواعد العامة يسقط حقه في طلب الفسخ إذا تنازل

عنه صراحة أو ضمناً، كأن يقبل إقرار المشتري بسداد الثمن أو الباقي منه، أو يقبل فعلاً هذا السداد" (الطعن رقم ٣٧٢٢ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣١)، وبأنه "إذا كان البين من الأوراق أن البند السابع من عقد إيجار عين النزاع يجري على أن "المستأجر غير مأذون بأن يحدث أحداثاً بالمحل مثل هدم أو بناء أو تغيير تفاصيل أو تقسيم الأولاد أو فتح شبابيك وأبواب بدون إذن كتابي من المالك وإن أجرى شيئاً من ذلك فيكون ملزماً بترجيع المحلات لحالتها الأصلية ويدفع قيمة المصاريف والأضرار والمالك يكون له الحق أن ينتفع بالتحسينات والإصلاحات الناشئة عن تلك الإحداثات أو بجانب منها بدون ملزومية عليه بدفع قيمتها أو بدفع مبلغ عنها مهما كان" وكان ظاهر هذا البند يفيد أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى تحديد الجزاء على مخالفته بإعادة الحال إلى أصلها بمصروفات على عاتق المستأجر أو الإبقاء على هذه التعديلات أو بعضها دون تحميل المؤجر نفقاتها وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد عمد إلى تطبيق المادة ٢٣/ج من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ التي تجيز للمؤجر طلب فسخ العقد وإخلاء المكان المؤجر إذا استعمله المستأجر بطريقة تنافي شروط الإيجار المعقولة أو تضر بمصلحة المالك، وقضى بالإخلاء تأسيساً على أن الطاعن (المستأجر) أخل بالتزامه المنصوص عليه في البند السابع من عقد الإيجار بأن أجرى تغييراً في العين المؤجرة دون أن يبين في الأسباب مبررات عدوله عن المدلول الظاهر للعقد من عدم توقيع الجزاء بالفسخ في هذه الحالة رغم أن للمؤجر عند التعاقد أن ينزل عن التمسك بالرخصة التي خولها له المشرع في كل أو بعض المواضع التي تجيز له طلب فسخ العقد والإخلاء مما عددته تلك المادة" (الطعن رقم ١٤٧٦ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٤)، وبأنه "إذا كان يبين مما أورده الحكم المطعون فيه – برفض دعوى البائع بطلب الفسخ أنه قد استخلص لأسباب سائغة أن الطاعن تنازل ضمناً عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقي الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها، فإن مجادلة الطاعن في ذلك لا تعدو أن تكون جدلاً موضوعياً فيما يستقل به قاضي الموضوع" (الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥)، وبأنه "استنباط الأدلة من الوقائع الثابتة مما يدخل في نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بلا معقب عليها من محكمة النقض، متى كان

استخلاصها سائغاً. وإذ كان سكوت المطعون ضدهم عن التمسك بفسخ العقد أمام اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي لدى نظر طلب الاعتداد به وقبولهم إقرار الطاعن بتعهده بعدم التأخير في سداد الثمن كله أو جزء منه وتمسكهم بمحتواه، كلها أمور واقعية ليست لها دلالة قانونية معينة قبلهم فلا تصلح بذاتها لإثبات تنازلهم عن حقهم في طلب فسخ العقد وكانت محكمة الموضوع قد خلصت إلى ما جاء في الحكم المطعون فيه من أنه "ليس في الأوراق ما يفيد أن المستأنفين – المطعون ضدهم – سبق أن تنازلوا عن حقهم في طلب الفسخ وهو استخلاص سائغ ومقبول، أخذت به واطمأن إليه وجدانها، كما أنه كاف لحمل قضائها، وفيه الرد الضمني على كل ما أثاره الطاعن، فإن النعي على الحكم بالقصور في التسبيب يكون في غير محله" (الطعن رقم ٧٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢١)، وبأنه "لئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا لم ينفذ المشتري التزامه بوفاء باقي الثمن عملاً بنص المادة ١/١٥٧ من القانون المدني، إلا أنه وفقاً للقواعد العامة يسقط حقه في طلب الفسخ إذا تنازل عنه صراحة أو ضمناً" (الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٥/٢٥)

- **ما يشترط في السكوت لاعتباره تنازلاً ضمنياً** :

يشترط لاعتبار السكوت عن طلبه تنازلاً ضمنياً عنه أن يتخذ صاحب الحق رغم سكوته عن طلبه موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على قصد النزول. (الطعن رقم ٦٩١ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ اعتبر الحكم المطعون فيه أن الفسخ مطلوب ضمناً في طلب الإخلاء فإنه لا يكون قد خالف القانون للتلازم بين طلب الإخلاء والفسخ المؤسس على إخلال المستأجر بالتزامه بالوفاء بالأجرة" (الطعن رقم ٢٩١ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٠)

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "إذا كانت الهيئة الطاعنة قد أقامت دعواها بطلب طرد المطعون ضدها من الأرض الفضاء انتفاعها وتسليمها خالية، وهو ما يتضمن بالضرورة وبطريق اللزوم فسخ العقد بينهما تأسيساً على قيامهما ببناء مبان خرسانية عليها بما يغير من معالمها ويتنافى مع طبيعة العين، وما أجرى من أجله ويضر بالطاعنة، فإن الحكم المطعون فيه – الذي أيد الحكم الابتدائي لأسبابه – إذا

رفض الدعوى على سند من خلو الأوراق من ثمة تعليمات تحظر على المطعون ضدها البناء – وهو ما لا يواجه دفاع الطاعنة ولا يصلح رداً عليه، باعتبار أنه ما لم يتفق العاقدان على ما يخالف القواعد العامة آنفة البيان، فإنها تكون ملزمة لهم ويتعين على القاضي إعمالها. الأمر الذي يعيب الحكم بالقصور في التسبيب الذي جره إلى الخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٤٦٢٢ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٦/٦)، وبأنه "إذا كان الثابت بمدونات الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد تمسك بمذكرته بعدم قيام العقد المؤرخ ١٩٦٢/٦/١٧ لعدم تنفيذ الطاعن لالتزاماته الواردة به بما يتضمن طلباً بفسخه وكان الحكم قد أقام قضاءه بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية مستبعداً أحكام المسئولية العقدية لما ثبت له من عدم تنفيذ الطاعن لتلك الالتزامات بما ينطوي على قضاء ضمني بفسخ هذا العقد فإنه يكون قد التزم صحيح القانون" (الطعن رقم ٣٣٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٢/٣)

- **ولا ينطوي طلب مقابل الانتفاع على طلب فسخ العقد أو حتى اعتباره مفسوخاً :**

وقد قضت محكمة النقض بأن "طلب مقابل الانتفاع يعد طلباً قائماً بذاته ومستقلاً عن باقي الآثار الأخرى ومنها فسخ العقد أو اعتباره مفسوخاً فهو غير مرتبط به ولا يترتب عليه ولا يعد بالتالي أثراً من آثاره ومن ثم فلا يسوغ القول بأن طلب أحدهما ينطوي بالضرورة على طلب الآخر كما ينتفي التلازم بينهما فلا يعتبر قيام أولهما متضمناً حتماً قيام الثاني بل يكون للبائع أن يطلب مقابل الانتفاع مع استمرار سريان العقد ونفاذه" (الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/٣٠) وبأنه "إن المطعون ضده إذ ذهب في عريضة استئنافه إلى تعديل طلباته السالفة في الدعوى الابتدائية بإضافة طلب الحكم بفسخ عقد البيع الابتدائي المؤرخ ١٩٧٣/٢/٢٤ إلى طلب إلزام المطعون ضده بمقابل الانتفاع فإن طلب الفسخ يعد طلباً جديداً يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بما كان يستوجب منها أن تقضي ومن تلقاء نفسها بعدم قبوله إعمالاً لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/٣٠)

- **وللمدين الحق في تفادي الحكم بالفسخ :**

يستطيع المدين قبل أن يصدر حكم نهائي بالفسخ أن يتوقى الفسخ إذا قام بتنفيذ التزامه. فمن المستقر عليه أن للمدين الحق في توقي الفسخ بالوفاء بالدين

ولو بعد انقضاء الأجل المحدد بالعقد، بل وبعد رفع الدعوى بالفسخ حتى صدور الحكم النهائي فيها .

وبالتطبيق لذلك يكون للقاضي أن يرفض إجابة البائع طالب الفسخ إلى طلبه إذا قام المشتري بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائياً وذلك أمام محكمة ثاني درجة "الاستئناف". ولا يبقى أمام القاضي تقدير ما إذا كان هناك مقتضى للحكم بالتعويض عن التأخير في التنفيذ، ومما يساعده في هذا التقدير إعذار الدائن للمدين قبل رفع الدعوى . (أحمد شرف الدين بند ٢١٢ – حسام الأهواني حيث ذهب إلى أنه يستوي حسن أو سوء نية المدين بند ٥٩١)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان يبين من أسباب الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى أسبابه أنه أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع الدعوى على أساس الشرط الفاسخ الضمني، ... وكان الثابت من أسباب الحكم المطعون فيه وباقي أوراق الدعوى أن الطاعنين قاموا بالوفاء بباقي الثمن أمام محكمة الاستئناف بعرضه على وكيل المطعون ضده بجلسة ... وقبوله لهذا العرض واستلامه المبلغ المعروض وهو ما يمنع من إجابة طلب الفسخ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد حكم محكمة أول درجة بفسخ العقد على سند من أن الفسخ وقع وفقاً للعقد من تاريخ التخلف عن السداد وأن الحكم ليس منشئاً للفسخ بل هو مقرر له رغم خلو العقد من الشرط الصريح الفاسخ فإنه يكون معيباً" (الطعن رقم ٧٩٥ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٩)، وبأنه "لما كان عقد البيع موضوع النزاع قد حدد تاريخاً معيناً لتنفيذ التزام كل من الطرفين ولم يرد به أن العقد ينفسخ من تلقاء نف سه بدون تنبيه إذا لم يقم كل طرف بما تعهد به خلال المدة المبينة في العقد مما ينبني عليه أن يكون للمحكمة حق تقدير الأسباب التي بني عليها طلب الفسخ للحكم بإجابة هذا الطلب أو برفضه وكان يبين من الأوراق أن المشتري قد قام بعرض الثمن على البائع عرضاً حقيقياً ثم أودعه له في خزينة المحكمة قبل الحكم وكان الحكم المطعون فيه إذ قضى بفسخ العقد أقام قضاءه على أن المشتري تأخر عن الوفاء في الميعاد المحدد، مع أن عدم اشتمال العقد على الشرط الصريح الفاسخ من شأنه أن يكون للمشتري دفع الثمن ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد بل وبعد رفع الدعوى بالفسخ ويكون هذا الوفاء مانعاً من إجابة طلب الفسخ

ما لم يتبين لمحكمة الموضوع لأسباب مسوغة أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به البائع، لما كان ذلك فإن الحكم إذ لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتباره وفاء المشتري الثمن قبل الحكم مانعاً من الفسخ يكون مشوباً بقصور جوهري يستوجب نقضه" (١٩٥٣/٥/١٤ مجموعة القواعد القانونية – ١١٦ – ٨٥٢)، وبأنه "لما كان عقد البيع سند الدعوى لا يحوي شرطاً صريحاً فاسخاً فللدائن أن يستعمل خياره في طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني وللمدين توقي الفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى وهذا الحق يرجع للمشتري حتماً في حالة نقض الحكم لهذا الوجه من أوجه الطعن.. لأن النقض يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض فيستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بالسداد. لما كان ذلك وكان الثابت أن المطعون ضده قد أودع باقي الثمن بمحضري الإيداع المؤرخين ١٩٧٧/٥/٢٨ و١٩٧٧/٦/٧ ولم تقل الطاعنات أن هذا الإيداع ناقص فإن تمسكهن بخطأ الحكم المطعون فيه حين عول في قضائه على محضر الإيداع التكميلي المؤرخ ١٩٧٧/٦/٧ دون أن يعلن أو تعلم به الطاعنات لا يحقق لهن سوى مصلحة نظرية بحتة ويكون هذا النعي غير منتج ولا جدوى منه" (الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن تقدير مدى الجد في الطلب الذي يقدمه الخصوم بغية إعادة الدعوى إلى المرافعة هو من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بأن تكون المحكمة قد مكنت الخصوم من إبداء دفاعهم وراعت القواعد الأساسية التي تكفل عدالة التقاضي، ولما كان البين من الأوراق أن محكمة الاستئناف قررت بالجلسة الأولى حجز الدعوى للحكم ورخصت لمن يشاء من الطرفين تقديم مذكرات خلال أجل معين قام الطاعن خلاله بعرض الأقساط المتأخرة على المطعون ضده قانوناً فقبلها، وقدم الطاعن طلباً لإعادة الدعوى للمرافعة تمسك فيه بانقضاء التزامه بالوفاء وأرافق به محضر العرض والتسليم، وإلا أن المحكمة لم تعرض لهذا الطلب أو الدفاع الثابت به ثم قضت بتأييد حكم أول درجة بفسخ العقد، فإنها بذلك تكون قد صادرت حق الطاعن في إبداء دفاعه على ضوء ما تم من الوفاء بالأقساط المتأخرة قبل الحكم في الدعوى، كما يعد إخلالاً بحق الدفاع وخروجاً على القواعد الأساسية التي تكفل عدالة

التقاضي فضلاً عن القصور في التسبيب" (الطعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢).

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "فسخ العقد يخضع لتقدير قاضي الموضوع يحكم به أو يمنح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه، ولئن كان الوفاء بالالتزام في غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون الوفاء بالالتزام لا يوجب الحكم بالفسخ حتماً إلا بنص في القانون – ولا يوجد هذا النص في قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من القانون المدني –كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الذي كان يوجب الفسخ دون إنذار المشتري إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل – تاركاً ذلك لحكم القواعد العامة في فسخ العقود الملزمة للجانبين، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل الذي يجوز للقاضي أن يمنحه للمدين وفقاً للفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدني قد ورد على سبيل الاستثناء من الحق في طلب الفسخ المقرر للدائن بالفقرة الأولى من النص السالف، وأن منح الأجل في ذاته لا يتضمن إعمال الشرط الفاسخ في حالة انقضاء الأجل الممنوح دون الوفاء بل يبقى العقد رغم ذلك قائماً ويظل الوفاء والالتزام ممكنا بعد انقضاء الأجل وحتى صدور الحكم النهائي ولا يتعين على قاضي الموضوع أن يحكم بالفسخ في هذه الحالة" (الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)، وبأنه "إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بفسخ عقد الإيجار موضوع النزاع على أساس الشرط الفاسخ الضمني، وكان الفسخ المبنى على هذا الشرط من شأنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يخول المدين الحق في أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ وإلى ما قبل صدور الحكم النهائي فيها، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن قام بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائياً أمام محكمة الاستئناف وهو ما يقوم مانعاً من إجابة طلب الفسخ ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن وكان الحكم المطعون فيه والذي أيد الحكم الابتدائي بفسخ العقد – ثم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتبار وفاء الطاعن بالمتبقي من مبلغ الإيجار المحكوم به ابتدائياً مانعاً من الفسخ، وكان ما قرره من إسناد المماطلة

والإعنات إلى الطاعن لا يعد بياناً للضرر في هذا الخصوص، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور في التسبيب والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه فيما قضى به من فسخ العقد" (الطعن رقم ١٣٠ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٧٠/٥/٢٦)، وبأنه "إذ كان عقد البيع سند الدعوى لا يحوي شرطاً صريحاً فاسخاً فللدائن أن يستعمل خياره في طلب فسخ العقد طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني وللمدين توقي الفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى وهذا الحق يرجع للمشتري حتماً في حالة نقض الحكم لهذا الوجه من أوجه الطعن، لأن النقض يعيد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض فيستطيع المدين أن يتوقى الفسخ بالسداد" (الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)

وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأن "للمشتري توقي الفسخ – سبيله – الوفاء بباقي الثمن قبل صدور الحكم النهائي بفسخ عقده – شرطه – ألا يكون الوفاء اللاحق مما يضار به البائع" (الطعن رقم ٢٩٦٦ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٣/٢٤)، وبأنه تمسك الطاعن بتوقيه الحكم بالفسخ بإيداعه باقي الثمن خزينة المحكمة ليصرف دون قيد أو شرط للمطعون ضده الذي لم يقبل عرضه – القضاء برفض هذا الدفع تأسيساً على أن هذا العرض والإيداع لا يقدح في ثبوت تحقق الشرط الفاسخ – خطأ" (الطعن رقم ٢٩٦٦ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٣/٢٤)، وبأنه "من المقرر أن للمشتري أن يتوقى الفسخ بالوفاء بباقي الثمن قبل صدور الحكم النهائي بفسخ عقده" (الطعن رقم ١٠٦٨ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمشتري أن يتوقى الفسخ بالوفاء بباقي الثمن قبل صدور الحكم النهائي بفسخ عقده ما لم يكن هذا الوفاء اللاحق مما يضار به البائع" (الطعن رقم ١٦٧٤ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٩)، وبأنه "الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني– وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يخول المدين أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى، ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن، فإنه لا عبرة بقدر ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة، بل

العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائي" (الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)، وبأنه "لما كان الطاعنون قد طلبوا فسخ العقد إعمالاً لحقهم المقرر بمقتضى نص المادة ١٥٧ من القانون المدني فإنه يتعين لإجابة طلب الفسخ في هذه الحالة أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره" (الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)، وبأنه "من المقرر أنه يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره" (الطعن رقم ١٩٥٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢)، وبأنه "من المقرر أنه يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيئ النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في دعوى التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام ولما كان ما تقول به الطاعنات من عدم رد الحكم على ما تمسكن به من أن ضرراً قد أصابهن من جراء تأخير المدين عن تنفيذ التزامه محله دعوى التعويض وليس دعوى الفسخ التي أقمنها فلا يعتبر إغفال الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع غير الجوهري قصوراً مبطلاً له" (الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧)، وبأنه "متى كان عقد الصلح لم يتضمن شرطاً فاسخاً صريحاً يقضي بفسخ العقد عند التأخير في الوفاء بالمبلغ المتفق عليه فإن هذا التأخير لا يترتب عليه حتماً ففسخ العقد بل يكون أمر الفسخ في هذه الحالة خاضعاً لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به أن يظل المدين متخلفاً عن الوفاء حتى صدور الحكم في الدعوى وذلك سواء كان الدائن قد أعذره بالوفاء أو لم يعذره" (الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)، وبأنه "يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام" (الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٢)

- **الوفاء يحقق أثره في توقي الفسخ ولو كان المدين قد وجه اليمين الحاسمة إلى الدائن على أنه لم يتقاضى الأجرة فحلفها** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان الثابت بالأوراق أن اليمين التي حلفها المطعون ضده أمام محكمة أول درجة كانت بالصيغة الآتية "أحلف بالله العظيم بأنني لم أتقاضى أجرة من المدعي عليها عن الشقة بالدور الأول فوق الأرضي بالعقار المملوك لي عن الفترة من أول يناير سنة ١٩٨٢ حتى أول أغسطس سنة ١٩٨٥" وهي يمين وإن قطع حلفها بعدم وفاء الطاعنة بأجرة العين مثار النزاع عن المدة المبينة فيها، إلا أنها لا تؤدي حتماً إلى القضاء بالإخلاء، إذ يظل للطاعنة رغم ثبوت عدم وفائها بالأجرة على الوجه المتقدم أن تتوقى حكم الإخلاء إذا ما بادرت إلى الوفاء بما استحق عليها منها وبكافة ما تكبده المؤجر من مصاريف ونفقات فعلية حتى إقفال باب المرافعة في الدعوى، ولو أمام محكمة الاستئناف ومن ثم فإن الحكم الابتدائي الذي قضى بالإخلاء لهذا السبب يكون جائزاً استئنافه طالما تغيت الطاعنة أن تتدارك أمام محكمة الاستئناف ما فاتها من محكمة الدرجة الأولى، وإذ لم يلتزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم جواز الاستئناف رغم تمسك الطاعنة في صحيفته بحقها في توقي الإخلاء بسداد الأجرة المستحقة وما تكبده المطعون ضده من مصاريف ونفقات، ودون أن يمحص ما قدمته تأييداً لهذا الدفاع من إنذارات عرض ومحاضر إيداع مما قد يتغير به وجه الرأي في جواز الاستئناف فإنه فضلاً عن مخالفته للقانون وخطئه في تطبيقه، يكون قد عاره قصور في التسبيب" (الطعن رقم ٢٣٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٥/٣٠)

- **ويجوز للمدين توقي القضاء بالفسخ بالوفاء بالتزامه قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان نقض الحكم يقتضي زواله واعتباره كأن لم يكن ويعيد الخصوم إلى مراكزهم الأولى قبل صدور الحكم المنقوض، كان للمدين بعد نقض الحكم القاضي بثبوت تقصيره في الوفاء إلى حين صدوره – أن يتجنب الفسخ بالوفاء... الخ" (الطعن رقم ١٥٥ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣) وبأنه "تمسك الطاعنة في صحيفته بحقها في توقي الإخلاء بسداد الأجرة المستحقة وما تكبده المطعون ضده من مصاريف ونفقات، ودون أن يمحص

ما قدمته تأييداً لهذا الدفاع من إنذارات عرض ومحاضر إيداع مما قد يتغير به وجه الرأي في جواز الاستئناف فإنه فضلاً عن مخالفته القانون وخطئه في تطبيقه، يكون قد عاره قصور في التسبيب" (الطعن رقم ٢٣٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٥/٣٠)

- **سلطة القاضي في دعوى الفسخ** :

إن رفع الدعوى بالفسخ ليس معناه أن يحكم القاضي بالفسخ حتمياً، إذ الأمر يرجع إلى سلطته التقديرية. فقد يحكم القاضي بفسخ العقد إذا رأى أن الظروف تبرر له ذلك كما لو كان المدين قد تعمد عدم تنفيذ التزامه. وقد يحكم القاضي بناء على طلب الدائن، إلى جانب فسخ العقد بإلزام المدين بالتعويض عما لحق الدائن من ضرر من جراء الفسخ الذي يرجع إلى عدم تنفيذ المدين لالتزاماته .

ويراعى أن أساس التعويض في هذه الحالة المسئولية التقصيرية، إذ أن الفسخ يؤدي إلى زوال العقد، الأمر الذي يترتب عليه أن تقدير التعويض يتم طبقاً للقواعد العامة في المسئولية التقصيرية. وقد لا يحكم القاضي بأي تعويض بل يقتصر على الحكم بالفسخ فقط، إلا أن هذا الفرض نادر الوقوع عملاً، إذ أن إخلال المدين بتنفيذ التزامه في الموعد المتفق عليه في العقد غالباً يؤدي إلى إلحاق الضرر بالدائن. وقد يرفض القاضي بالحكم بالفسخ إذا كانت الظروف تبرر ذلك كما لو كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته .

إلا أنه في هذه الحالة يجب مراعاة أن التنفيذ غير كامل، وهو ما يترتب عليه أن المدين يجب أن يتحمل بجزاء آخر غير الفسخ الذي رفض القاضي الحكم به، هذا الجزاء الآخر هو التعويض والذي يحكم به القاضي في حالة التنفيذ الجزئي أو في حالة التأخير في التنفيذ وذلك لتعويض الدائن عما أصابه من ضرر من جراء ذلك، وأساس التعويض في هذه الحالة المسئولية العقدية .

وقد يمنح القاضي مهلة للمدين للوفاء بالتزامه إذا تبين له أن عدم التنفيذ يرجع إلى عذر مقبول وأن الدائن لم يصبه إلا ضرر يسير من جراء عدم التنفيذ "المادة ٢/١٥٧ مدني"، أو أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن نشأ عن خطئه وليس عن خطأ المدين. وللقاضي سلطة تقديرية في أن يمنح المدين المهلة أو الأجل أو أن يرفض ذلك بغير معقب عليه. ولا يمنع القاضي من إمهال المدين أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع دعوى الفسخ. وإذا منح القاضي المهلة أو الأجل للمدين،

فإنه لا يجوز الحكم بالفسخ في خلال هذه المدة، وإذا أوفى المدين في خلال هذه المدة فإن هذا الوفاء يكون مانعاً من الحكم بالفسخ. أما إذا انقضت هذه المدة دون الوفاء بالالتزام فلا يجوز للقاضي منح المدين مهلة أخرى أو أجل آخر، وهذا بعكس الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ حيث يجوز له منح أجل آخر إذا لم يلحق الدائن من ذلك ضرر جسيم "المادة ٢/٣٤٦ مدني".

ولكن انقضاء المهلة أو الأجل دون وفاء المدين بالتزامه لا يوجب الحكم بالفسخ، لعدم وجود نص على الوجوب في قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ مدني، وبالتالي فإن منح الأجل في ذاته لا يتضمن شرطاً فاسخاً في حالة انقضاء الأجل الممنوح دون وفاء، فالعقد رغم ذلك يبقى قائماً ويستطيع المدين الوفاء بالالتزام حتى بعد انقضاء الأجل وحتى صدور الحكم النهائي بالفسخ . (حسام الأهواني بند ٥٩٣ وما بعده – شرف الدين بند ٢١٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كان لمحكمة الموضوع عملاً بالقاعدة العامة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ من القانون المدني – سلطة الحكم برفض الدعوى بفسخ عقد البيع للتأخير في سداد باقي الثمن وملحقاته على سند من أنه قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته. إلا أن ذلك مشروط بأن يكون حكمها مبنياً على أسباب واضحة جلية تتم عن تحصيل المحكمة فهم الواقع في الدعوى بما له سند من الأوراق والبينات المقدمة لها، وأن الحقيقة التي استخلصتها واقتنعت بها قام عليها دليلها الذي يتطلبه القانون، ومن شأنه أن يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها قضاؤها وهو ما لا يتحقق إلا ببيان الثمن المستحق على المشتري وملحقاته إن وجدت، وما سدده منه، وما بقي في ذمته ونسبته إلى الالتزام في جملته توصلاً لإجراء تقدير واع حصيف لمدى أهمية ذلك الباقي بالنسبة إلى الالتزام في جملته وفقاً لما تمليه طبائع الأمور وقواعد العدالة، وبيان الدليل الذي أقامت عليه قضاءها في كل ذلك من واقع مستندات الدعوى على نحو مفصل، وأن تفصل في كل نزاع بين الخصوم حول تلك الأمور بحكم يحسم كل خصومة بينهم على كلمة سواء وقول محكم حتى يمكن مراقبة صحة تطبيقه للقانون في هذا الشأن. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في تسبيب قضائه برفض طلب الفسخ القضائي على ما أورده من أن "المحكمة لا تجيبه – المستأنف – (الطاعن)

إلى طلب الفسخ لأن الباقي من الثمن قليل جداً بالنسبة إلى المدفوع ومن ثم يصبح مجرد دين عادي مضمون بالضمانات الأخرى المنصوص عليها في القانون...." دون أن يبين جملة المستحق على المطعون ضده (المشتري) من الثمن وملحقاته وما سدده منه، وما بقي في ذمته، ونسبته إلى الالتزام في جملته، والدليل على ذلك كله من مستندات الدعوى. مما يشوبه بالقصور الذي يُعجز هذه المحكمة عن ممارسة وظيفتها في مراقبة صحة تطبيق القانون بما يعيبه ويوجب نقضه لهذا الوجه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن" (الطعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥)، وبأنه "تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها، ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من شأن محكمة الموضوع، ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة فإذا كانت المحكمة أقامت الواقعة التي استخلصتها على ما يقيمها، فإنها لا تكون بعد ملزمة بأن تتعقب كل حجة للخصم وترد عليها استقلالاً لأن قيام هذه الحقيقة فيه الرد الضمني المسقط لكل حجة تخالفها" (الطعن رقم ٥٨٣ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٧)، وبأنه "إعطاء المشتري المتأخر في دفع الثمن أجلاً للوفاء به طبقاً للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدني هو – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من الرخص التي أطلق فيها الشارع لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ منها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه، فلا يلزم بتسبيب قضائه بمنح المشتري نظرة الميسرة أو برفض هذا الطلب، مما لا يقبل معه النعي على الحكم المطعون فيه إقراره للمبررات التي أوردها الحكم المستأنف وعول في قضائه بالمهلة" (الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٦/٢) وبأنه "تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها ونفي التقصير عن طالب الفسخ أو إثباته هو وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من شأن محكمة الموضوع ولا دخل لمحكمة النقض فيه متى أقيم على أسباب سائغة" (الطعن رقم ٧٢٧ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢)

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "لما كان الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني يخول المدين أن يتوقى صدور الحكم بالفسخ بالوفاء بالتزامه إلى ما قبل صدور الحكم النهائي في الدعوى

إلا أن هذا الوفاء المتأخر يجب أن يتم طبقاً للأوصاف وبذات الشروط المتفق عليها – فالتنفيذ المعيب يعتبر في حكم عدم التنفيذ الجزئي – وأن يكون مما لا يضار به الدائن، ومحكمة الموضوع فيما تقرره من كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها لا تخضع لرقابة محكمة النقض متى استندت في ذلك إلى أسباب سائغة" (الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦)، وبأنه "شرط الفسخ الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام – خضوع هذا الشرط لتقدير القاضي – له إمهال المدين وللأخير أن يتفادى الفسخ بتنفيذه الالتزام قبل صدور الحكم النهائي" (الطعن رقم ٤٠٤٩ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/٤) وبأنه "تقدير كفاية أسباب فسخ العقد أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر في العقد أو نفي التقصير عنه – من أمور الواقع – استقلال محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى" (الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٦/٣/٦)، وبأنه "إذ كان الثابت بمدونات الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المطعون ضده قد تمسك بمذكرته بعدم قيام العقد المؤرخ ١٩٦٢/٦/١٧ لعدم تنفيذ الطاعن لالتزاماته الواردة به بما يتضمن طلباً بفسخه وكان الحكم قد أقام قضاءه بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية مستبعداً أحكام المسئولية العقدية لما ثبت له من عدم تنفيذ الطاعن لتلك الالتزامات بما ينطوي على قضاء ضمني بفسخ هذا العقد فإنه يكون قد التزم صحيح القانون" (الطعن رقم ٣٣٥ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٢/٣)

- **للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك** :

وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام بتنفيذ الالتزام في غضونها، وليس له أن يتعداها، بل ليس للقاضي أن يعطيه مهلة أخرى ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك وهذا خلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ، فإنه يجوز للقاضي في هذا الصدد – طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ – في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم . (السنهوري بند ٤٧٧)

ولكن محكمة النقض وإن أجازت أن يصرح القاضي في قضائه بالمهلة باعتبار العقد مفسوخاً بفواتها، إلا أنه إذا لم يصرح بذلك لم يكن قضاؤه بالمهلة منطوياً على الفسخ. ويرى البعض العمل في شأن المهلة التي يمنحها القاضي للمدين في دعوى الفسخ بالقيود التي أوردتها المادة ٣٤٦ في شأن المهلة التي يجوز للقاضي منحها للمدين في دعوى التنفيذ وهي ألا يكون هناك نص يمنع منحها، ولا يجوز منحها إلا في حالات استثنائية إذا استدعت حالة المدين ذلك وألا يلحق الدائن من جرائها ضرر جسيم . (مصطفى الجارحي ص١٠٥)

ويذهب الرأي السائد إلى أن القاضي يجوز له أن يمنح المهلة للمدين ولو لم يطلب الأخير ذلك . (قارن مصطفى الجارحي ص١٠٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا لم يشترط الفسخ بنص العقد فإنه يكون خاضعاً لتقدير قاضي الموضوع، يحكم به أو يمنح المدين أجلاً للوفاء بالالتزام، ولئن كان الوفاء في غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ، فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الحكم بالفسخ حتماً إلا بنص في القانون، ولا يوجد هذا النص في قواعد الفسخ الواردة بالمادة ١٥٧ من التقنين المدني كما أن المشرع حذف من مواد البيع نص المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي الذي كان يوجب الفسخ دون إنذار المشتري إلى أجل آخر إذا لم يدفع الثمن قبل انقضاء الأجل وهو النص المقابل للمادة ٣٣٣ مدني قديم – تاركاً ذلك لحكم القواعد العامة في فسخ العقود الملزمة للجانبين، والمستفاد من هذه القواعد أن الأجل ورد بالفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على سبيل الاستثناء من الحق المقرر للدائن بفقرتها الأولى في طلب الفسخ، ولا ينطوي منح الأجل في ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذي بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، وإنما يبقى العقد قائماً. والوفاء بالالتزام لا يزال ممكناً بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائي، ويكون لقاضي الموضوع تقدير ظروف التأخير في الوفاء ولا يتعين عليه أن يحكم بالفسخ، ويجوز أن يحكم برفضه إذا هو تبين أن الوفاء المتأخر مما لا يضار به الدائن" (الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/١٠/٢٦)، وبأنه "لما كان القانون لا يوجب على القاضي في نصوص الشرط الفاسخ الضمني أن يقضي به وإنما خوله سلطة تقديرية يحكم به أو يعطي المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام في غضونها وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء

نفسه – فإن الحكم لا يكون مخطئاً إذا قضى بإلزام المدين بدفع الباقي من الثمن في ظرف معين وإلا اعتبر التعاقد مفسوخاً من تلقاء نفسه" (١٩٥٠/٣/٢٣ مجموعة القواعد القانونية – ١٢٤ – ٨٥٢)، وبأنه "لما كان إعطاء المشتري المتأخر في دفع الثمن أجلاً للوفاء به طبقاً للمادة ٢/١٥٧ من القانون المدني هو من الرخص التي أطلق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ منها بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه، فإنه لا يقبل النعي على الحكم لقصور أسباب عن بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها رفض منح الطاعن أجلاً للوفاء بما هو متأخر في ذمته من الثمن" (الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣) وبأنه "يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره، ويستوي في ذلك أن يكون حسن النية أو سيء النية إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام" (الطعن رقم ٤٩٨ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٧٠/٣/١٢)

- **الحكم بالفسخ مع إلزام المدين بالتعويض** :

للقاضي أن يجيب الدائن إلى طلبه، ويقضي بفسخ العقد، مع إلزام المدين بالتعويض دائماً، إن كان ثمة محل لذلك ولا يكون التعاقد ذاته، في حالة الفسخ، أساساً للإلزام بالتعويض، إذ هو ينعدم انعدام يستند أثره بفعل الفسخ. وإنما يكون مصدر الإلزام، في هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره .

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ١٥٧ من القانون المدني على أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض إن كان له مقتض" يدل على أن الفسخ إذا كان مرده خطأ أحد المتعاقدين فإن هذا الطرف لا يلزم برد ما حصل عليه فقط وإنما يلزم فوق ذلك بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر نتيجة لذلك الفسخ. وإذ كان ما بني عليه الحكم قضاءه على الطاعن بالتعويض مؤسساً على توافر الخطأ في جانبه وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وما أصاب المطعون عليه الأول من ضرر وهي الأركان اللازمة لقيام المسئولية التقصيرية فلا يعيبه وصفه خطأ الطاعن بأنه خطأ عقدي مادام أن ذلك لم يؤثر في النتيجة

الصحيحة التي انتهى إليها" (الطعن رقم ٥٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/١/١٩)، وبأنه "متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى التعويض – عن فسخ عقد العمل – على توافر مبرر إنهاء العقد لدى الشركة المطعون عليها، فذلك حسبه ولا يكون عليه بعد ذلك أن يتقصى وقوع ضرر للطاعن أو أن يلتفت لما ساقه من أسانيد لإثبات هذا الضرر" (الطعن رقم ٤٩٦ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٧١/٤/١٤)، وبأنه "الفسخ إذا لم يشترط بنص في العقد، فإنه يكون – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– طبقاً لنص المادة ١٥٧ من القانون المدني – خاضعاً لتقدير قاضي الموضوع، يحكم به أو يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه، وإن كان الوفاء في غضون هذا الأجل مانعاً من جواز الحكم بالفسخ فإن انقضاء الأجل دون وفاء كامل لا يوجب الفسخ حتماً، إذ لا ينطوي منح الأجل ذاته على حكم الشرط الفاسخ الذي بموجبه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وإنما تبقى سلطة قاضي الموضوع التقديرية، فيظل العقد قائماً، ويكون الوفاء بالالتزام لا يزال ممكناً بعد انقضاء الأجل حتى صدور الحكم النهائي، ويكون لقاضي الموضوع تقدير ظروف التأخير في الوفاء، فيقضي بالفسخ أو برفضه" (الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٦/٢)، وبأنه "من المقرر أن الفسخ المبني على الشرط الفاسخ الضمني طبقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدني يخول للمدين الحق أن يتوقى الفخ بالوفاء بالدين إلى ما قبل صدور الحكم النهائي ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به فلا عبرة بمقدار ما لم يوف به من التزام المدين عند نظر الدعوى أمام محكمة أول درجة بل العبرة بما يكون عليه الحال عند الحكم النهائي" (الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٥/٢٩، الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦، الطعن رقم ٢٠٢٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٤/٥/٢٢ س٣٥ ص١٣٩٠)، وبأنه "ويلاحظ الحالات التي يقضي فيها القانون بحرمان المدين من توقي الفسخ كالشأن في قانون إيجار الأماكن حين يقضي بفسخ الإجارة بسبب الإيجار من الباطن أو التنازل من المستأجر ولو أزال المستأجر المخالفة قبل صدور الحكم" (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

- **يجوز للدائن رفع دعوى تعويض على المدين في حالة رفض دعوى الفسخ للتوقي**:

إذا توقى المدين دعوى الفسخ بأن قام بالوفاء قبل صدور حكم نهاي عليه فهذا لا يمنع الدائن من إقامة دعوى تعويض على المدين على أساس الضرر الذي لحق به

من تأخير المدين بالوفاء بالتزاماته في المواعيد المحددة والمشار إليها في العقد ويكون التعويض هنا على أساس المسئولية العقدية وليست التقصيرية وذلك شريطة ألا يكون الدائن هو السبب في تأخر التزامات المدين .

- **الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "الشرط الجزائي التزام تابع للالتزام الأصلي، إذ هو اتفاق على جزاء الإخلال بهذا الالتزام، فإذا سقط الالتزام الأصلي بفسخ العقد، سقط معه الشرط الجزائي فلا يعتد بالتعويض المقدر بمقتضاه، فإن استحق تعويض للدائن، تولى القاضي تقديره وفقاً للقواعد العامة التي تجعل عبء إثبات الضرر وتحققه ومقداره على عاتق الدائن" (الطعن رقم ٣٤٣ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢٥)

- **طلب الفسخ لأول مرة أمام محكمة الاستئناف** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "تنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات على أنه "لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها، وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الأصلي على حالة تغيير سببه والإضافة إليه"، ولما كان ذلك، وكان الثابت في الأوراق أن المطعون ضده أقام دعواه أمام محكمة أول درجة وقصر طلباته فيها على الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع وتسلم المبيع إلا أنه أضاف إلى هذا الطلب في صحيفة الاستئناف طلباً احتياطياً هو الحكم بفسخ العقد ورد ما دفع من عربون، وكان طلب فسخ العقد ورد العربون يعتبر طلباً جديداً يختلف في موضوعه وسببه عن الطلب الأصلي وهو صحة العقد ونفاذه، فإن إبداءه لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية يكون غير مقبول حتى لا يفوت على الخصوم بشأنه إحدى درجتي التقاضي، وإذ قبلت المحكمة الاستئنافية هذا الطلب الجديد وأجابت المطعون ضده إليه، فإن حكمها المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ٩٥٩ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/٣/١٩)

وينحصر هذا المبدأ في الفسخ القضائي إذ لا يتقرر إلا بحكم من القضاء، ولما كان الفسخ الاتفاقي المستند إلى الشرط الفاسخ الصريح يقع بقوة هذا الشرط دون حاجة لرفع دعوى به ومن ثم فيكون التمسك بالفسخ في هذه الحالة بموجب دفع موضوعي يقدم في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام الاستئناف ولا

يعتبر طلباً جديداً حتى لو قدم كطلب عارض بالفسخ . (أنور طلبة – المطول – ص١٥٢)

- **فسخ التعاقد بطريق الممارسة** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "الممارسة أداة من أدوات القانون العام في الإسناد والتعاقد، ويترتب عليها التزامات متبادلة على كاهل طرفيها ومن ثم يكون من حق أياً من أطرافها المطالبة بفسخ العلاقة المترتبة عليها وفقاً لما هو مقرر بأحكام المادة ١٥٧ من القانون المدني، وإذ خلص قضاء محكمة الدرجة الأولى المؤيد بالحكم المطعون فيه إلى فسخ العلاقة بين الشركة الطاعنة والمطعون ضدها بعد أن استخلص من أدلة النزاع أن الطاعنة أخلت بالتزاماتها فيها، فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٠)

- **تقادم دعوى الفسخ** :

دعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها، وبناء على ذلك فهي تتقادم بالتقادم الطويل (خمس عشرة سنة) وتبدأ هذه المدة من وقت ثبوت الحق في الفسخ. ويكون ذلك عادة عند الإعذار طبقاً للقواعد العامة في التقادم المسقط. ولا تتأثر مدة تقادم دعوى الفسخ بدعوى الحق الناشئ عن العقد، كما لا تتغير مدتها في مواجهة الحائز وهو من اكتسب حقاً عينياً على العقار بعد تسجيل دعوى الفسخ. (حجازي بند ٥٩٩ مكرر – السنهوري بند ٤٧٦– البدراوي بند ٤٠١ – الصدة بند ٣٧٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر أن التقادم المسقط للحقوق وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإنه يسقط الحقوق الشخصية والعينية على سواء كأصل عام بانقضاء ١٥ سنة طبقاً للمادة ٣٧٤ من القانون المدني ويبدأ سريانه من تاريخ زوال المانع" (الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٨) وبأنه "من المقرر أن التقادم المقترن بالحيازة لا يكسب المتمسك به إلا ما حازه من حقوق عينية فقط دون الحقوق الشخصية وذلك ما اصطلح على تسميته بالتقادم المكسب، أما التقادم المسقط للحقوق، وهو عدم استعمال صاحب الحق له مدة معينة فإنه يسقط الحقوق الشخصية والعينية على سواء باستثناء حق الملكية لأنه حق مؤبد، وكان النص في المادة ٣٧٤ من القانون المدني على أنه "يتقادم الالتزام

بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون.." يدل على أن الالتزام وهو الحق الشخصي للدائن الذي يخوله مطالبة مدينه إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل وسائر الالتزامات التي مصدرها القانون تتقادم كأصل عام بمضي خمس عشرة سنة ما لم يوجد نص خاص يخالف ذلك، باعتبار أن التقادم سبب لانقضاء الحقوق الشخصية أو العينية احتراما للأوضاع المستقرة كأصل عام، أو اعتداداً بقرينة الوفاء أو جزاء لإهمال الدائن في حالات خاصة، والأصل أن يبدأ التقادم وعلى ما تقضي به المادة ٣٨١ من القانون المدني من تاريخ الاستحقاق ما لم ينص القانون على غير ذلك، فإذا كان ميعاد الاستحقاق متوقفاً على إرادة الدائن فإن مدة التقادم تسري من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من المطالبة بدينه، وكان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الدعوى بطلب فسخ عقد الإيجار هي بطلب حق من الحقوق الشخصية التي ليست لها مدة خاصة تتقادم بها فإن تقادمها يكون بمضي خمس عشرة سنة من وقت نشأة الحق في الدعوى باعتباره التاريخ الذي يتمكن فيه الدائن من المطالبة بدينه، لما كان ذلك، وكان المطعون ضدهم قد أقاموا الدعوى بطلب فسخ عقد الإيجار المؤرخ ١٩٦١/١/١١ والإخلاء استناداً إلى تنازل الطاعن الثاني عن هذا العقد إلى الطاعن الأول بتاريخ ١٩٦٥/٣/٢٤، وكان الطاعنون قد تمسكوا بالتقادم، ودللوا على ذلك بالشهادة المنوه عنها بوجه النعي والمؤيدة له، وكان المطعون ضدهم قد رفعوا الدعوى بتاريخ ١٩٩٦/٢/٩ بعد مضي أكثر من خمس عشرة سنة على ذلك التنازل، فأطرح الحكم دفاعهم وأقام قضاءه على مجرد القول" أما عن الدفع بالتقادم فإن الحق المدعى به لا يكتسب ولا يسقط بمضي المدة" فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن" (الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٧)، وبأنه "لئن كان حق المشتري في استرداد الثمن من البائع في حالة فسخ البيع يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير حق – الأمر الذي أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدني بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام زال سببه بعد أن تحقق وهو ما ينطبق على حالة ما إذا نفذ أحد المتعاقدين التزامه في عقد فسخ بعد ذلك إلا أنه في حالة انفساخ العقد من تلقاء نفسه – طبقاً للمادة ١٥٩ مدني – لاستحالة

تنفيذ البائع التزامه بنقل الملكية بسبب الاستيلاء لديه على الأطيان المبيعة تنفيذاً لقانون الإصلاح الزراعي ومنازعة البائع في حصول هذا الانفساخ قبل رفع الدعوى وأثناء نظرها ألا يقضي برد الثمن إلا كأثر من الآثار المترتبة على فسخ العقد أو انفساخه طبقاً للمادة ١٦٠ من القانون المدني. وإذ كانت دعوى الفسخ لاتخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة فإنه طالما يكون للدائن أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن إذ لا يكون هذا الثمن مستحق الأداء وممكناً المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ" (الطعن رقم ٢١١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١/٢٢)، وبأنه "دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني، ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة وطالما يكون للدائن – المشتري – أن يرفع هذه الدعوى، فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة على الفسخ ومنها رد الثمن، إذ لا يكون هذا مستحق الأداء وممكناً المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ" (الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

- **طلب الفسخ لظهور عيب خفي** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "مجال تطبيق المادة ٤١٧ من القانون المدني هو حالة حصول غلط في المبيع، أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور. ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفي أن يكون المشتري قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة" (الطعن رقم ٦ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/٥/١٤)، وبأنه "متى كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه بفسخ البيع إلى وجود عيب خفي بالمبيع أكد البائع في العقد خلوه منه مما يعد إخلالاً بالتزامه بألا يكون المبيع محملاً بتكليف أو مشوباً بعيب خفي وفقاً للمادة ١/١٥٧ من القانون المدني فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٦ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/٥/١٤)

- **حجية الحكم الصادر بالفسخ** :

إذا أقام الدائن دعوى الفسخ على سبب من أسباب العقد وقضت المحكمة برفض دعوى الفسخ فلا يحوز هذا الحكم قوة الأمر المقضي إلا بالنسبة لسبب

الفسخ المقام عليه الدعوى وبالتالي يجوز للدائن إقامة الدعوى مرة أخرى لإحدى أسباب الفسخ الأخرى، ويعتبر الحكم الصادر بالفسخ حكماً منشئاً وليس مقرراً له.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت الدعوى قد أقيمت بفسخ عقد البيع موضوع الدعوى تأسيساً على تخلف المطعون ضده عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن وقضى نهائياً برفضها في الاستئناف الذي بت في أمر الباقي من الثمن ورفض طلب الفسخ لوفاء المطعون ضده به فإن هذا القضاء يحوز قوة الأمر المقضي في شأن طلب الطاعنات الفسخ لتخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن ويمنع الخصوم أنفسهم من التنازع في هذه المسألة بالدعوى الراهنة ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها ويتعين على الحكم المطعون فيه أن يتقيد في قضائه بين الخصوم أنفسهم في شأن تلك المسألة التي قضي فيها الحكم الأول ولا يغير من ذلك اختلاف الطلبات في الدعويين وكونها في الدعوى الماثلة صحة التعاقد ونفاذه وفي الأول فسخ العقد" (الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧) وبأنه "قضاء الحكم بأحقية المطعون ضدها في استعادة شقة النزاع من الطاعن وطرده منها واقتضاء مقابل انتفاعه بها لا يتناقض مع حجية الحكم السابق بفسخ ذلك العقد لاختلافه عن الدعوى المطروحة المتضمنة طلب المطعون ضدها طرد الطاعن وإلزامه بأداء مقابل الانتفاع عن استغلال ذات الشقة موضوعاً وسبباً" (الطعن رقم ١٠٠٨٠ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٨/١/١٧)، وبأنه "عدم قيام الطاعنة – وزارة الأوقاف– بتنفيذ الحكم الصادر بفسخ الحكر، وقبولها بقاء المستحكر ينتفع بالعين المحكرة مقابل الأجرة المبينة بعقد الحكر المقضي بفسخه حتى تم استبدالها سنة ١٩٦٢، يتضمن تنازلها عن التمسك بالحكم الصادر بالفسخ، وبالتالي فإنه لا تكون هناك حاجة لإبرام عقد جديد يجب إفراغه في الشكل الذي تطلبه القانون المدني في المادة ١٠٠٠ منه" (الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣)، وبأنه "دعوى فسخ العقد لسبب من أسباب الفسخ تقتصر فيها وظيفة المحكمة على بحث هذا السبب وحده، وقضاؤها برفض الدعوى لا يتعدى ذلك إلى القضاء ضمناً بصحة العقد وبالتالي لا يمنع من التمسك بسبب آخر من أسباب الفسخ سواء في صورة دفع أو برفع دعوى فسخ جديدة، إذ لا يحوز الحكم النهائي برفض الفسخ قوة الأمر المقضي إلا بالنسبة لسبب الفسخ المقام عليه الدعوى الصادر فيها ذلك الحكم"

(الطعن رقم ٤٥١ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٠/١/٣١)، وبأنه "إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدني لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ في العقد فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقرراً له" (الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٧/٣)

- **حجية الحكم الجنائي المتضمن فسخاً للعقد** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر في قضاء هذه المحكمة – أن حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية قاصرة على منطوق الحكم، دون أن تلحق الحجية الأسباب التي لم تكن ضرورية للحكم بالبراءة أو بالإدانة، وإذ كان يبين مما أورده الحكم الجنائي أنه أقام قضاءه ببراءة الطاعنة من تهمة تبديد عقد البيع على عدم كفاية الأدلة، وعلى تشككه في صحة إسناد التهمة إليها. وكانت تلك الأسباب كافية لإقامة حكم البراءة عليها، فإن الحكم الجنائي لم يكن به حاجة من بعد ذلك، لأن يعرض لواقعة قيام عقد البيع أو فسخه لأن الفصل فيها لا يتوقف عليه الحكم بالإدانة أو بالبراءة، إذ هي لا تتعلق بأركان جريمة التبديد حتى يسوغ القول بارتباط القاضي المدني فيما فصل فيه الحكم الجنائي طبقاً للمادة ١٠٢ من قانون الإثبات، ومن ثم فإنه لا يكون لهذا الذي أورده الحكم الجنائي بشأن انفساخ عقد البيع موضوع النزاع حجية أمام المحاكم المدنية" (الطعن رقم ٥٣٦ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥).

- **امتناع الفسخ لعدم سعي البائع لموطن المشتري لقبض الثمن** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان العقد موضوع التداعي قد خلا من تحديد مكان سداد باقي الثمن، وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم تحقق الشرط الصريح الفاسخ تأسيساً على أن المطعون ضده لم يسع إليه في موطنه لمطالبته بباقي الثمن، وخلت الأوراق مما يفيد ذلك، وهو منه دفاع من شأنه – إن صح – أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن تحقيق هذا الدفاع وأقام قضاءه على تحقق الشرط الصريح الفاسخ، يكون فضلاً عن قصوره قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٣٢٤٤ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١/١٣)، وبأنه "النص في المادة ٤٥٦ من القانون المدني على أن "يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف

يقضي بغير ذلك، فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن" يدل على أنه إذا كان الثمن مؤجلاً ولم يوجد اتفاق صريح أو ضمني على مكان الوفاء وجب على البائع متى حل موعد استحقاق الثمن أن يسعى إلى موطن المشتري لمطالبته بالوفاء، فإذا لم يتحقق هذا السعي من جانب البائع وتمسك المشتري بحقه في أن يكون مكان الوفاء هو موطنه كان امتناع المشتري عن الوفاء في موطن البائع مشروعاً ولا يكون ذلك إخلال منه بالتزامه، وإذ كان الاتفاق على أن يكون عقد البيع مفسوخاً دون تنبيه أو إنذار أو حكم عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ – وكان ذلك – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة منوطاً بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله ومراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون هذا الإعمال، فإن تبين لها أن البائع أسقط حقه في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو كان امتناع المشتري عن الوفاء مشروعاً لتقاعس البائع عن السعي إليه في موطنه لهذا الغرض، وجب على المحكمة أن تتجاوز عن أثر الشرط لسقوط الحق فيه في الحالة الأولى ولعدم تحققه في الحالة الثانية، لما كان ذلك، وكان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بأن البائع تقاعس عن السعي إليه في موطنه لاقتضاء أي قسط من أقساط باقي الثمن في موعد استحقاقه، وكان الحكم المطعون فيه الذي أيد الحكم الابتدائي قد أعمال أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد في العقد بالرغم من ذلك ودون أن يعرض لهذا الدفاع فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب مما يوجب نقضه. وحيث أن الموضوع صالح للفصل فيه، وإذ كانت الأوراق قد خلت من الاتفاق صراحة أو ضمناً على مكان للوفاء بباقي الثمن، كما خلت مما يفيد سعي البائع لاقتضائه في موطن المشتري، فلا يكون الطاعن قد أخل بالتزامه في هذا الشأن ولا يكون الشرط الفاسخ الصريح قد تحقق، وإذ أوفى بباقي الثمن بإجراءات العرض والإيداع المشار إليها فإن طلب الفسخ يكون في غير محله ومن ثم يتعين رفض الدعوى" (الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٠)، وبأنه "لما كان الأصل في تنفيذ الالتزام عملاً بمقتضى المادة ٢/٣٤٧، ٤٥٦ من القانون المدني

أن يكون دفع الدين في محل المدين إلا إذا اتفق على خلاف ذلك، فإن النص في عقد البيع على الشرط الصريح الفاسخ عند تخلف المشتري عن سداد باقي الثمن أو قسط منه في ميعاده مع عدم اشتراط أن يكون الوفاء في موطن البائع، لا يعفي البائع من السعي إلى موطن المشتري لاقتضاء القسط أو ما تبقى من الثمن عند حلول أجله، فإن قام بذلك وامتنع المشتري عن السداد بدون حق اعتبر متخلفاً عن الوفاء وتحقق فسخ العقد بموجب الشرط، أما إذا أبى البائع السعي إلى موطن المشتري عند حلول الأجل بغية تحقق الشرط عد ذلك بمثابة رفض لاستيفاء الثمن أو ما حل منه دون مبرر فلا يرتب الشرط أثره في هذه الحالة" (الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٥/٣٠)، وبأنه "إذا كان الثابت من مذكرة الطاعن المقدمة لمحكمة أول درجة أن ما تمسك به من أوجه دفاع في الدعوى الفرعية التي أقامتها عليه المطعون عليها الأولى بطلب فسخ عقد البيع – الذي طلب القضاء بصحته ونفاذه في الدعوى الأصلية – أن البائعة لم تشترط في ملحق العقد الذي اتفق فيه على الشرط الصريح الفاسخ أن يكون الوفاء بباقي الثمن في موطنها لتطالبه به في موعد استحقاقه أو أن تعذره بالوفاء به وإذ خلت الأوراق مما يفيد أنها انتقلت إليه في موطنه لتطالبه بدفع باقي الثمن أو أنذرته بدفعه وأنه امتنع رغم ذلك عن الوفاء به فإن الشرط الصريح الفاسخ لا يكون قد تحقق، وإذ كانت محكمة الاستئناف قد رأت إلغاء الحكم الابتدائي الذي قضى برفض دعوى الفسخ لمصلحة الطاعن فإنه كان لزاماً عليها أن تفصل في دفاعه المشار إليه والذي لم يتعرض الحكم الابتدائي لبحثه اكتفاء بما قبله من أوجه دفاع أخرى مادام لم يثبت نزول الطاعن عنه صراحة أو ضمناً ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه، وهي إذ لم تفعل رغم كونه دفاعاً جوهرياً قد يتغير بتحققه وجه الرأي في الحكم في الدعوى فإن حكمها يكون مشوباً بالقصور" (الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢١)

- **تقدير قيمة دعوى الفسخ :**

وقد قضت محكمة النقض بأن "الدعوى التي يقيمها المؤجر بطلب فسخ عقد الإيجار ويدور النزاع فيها حول امتداده تقدر قيمتها طبقاً للمادة ٨/٣٧ من قانون المرافعات – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – باعتبار المقابل النقدي عن المدة الواردة في العقد إذا لم يكن قد نفذ أو المدة الباقية متى تنفذ جزئياً فإن امتد

بقوة القانون إلى مدة غير محددة فإن المدة الباقية منه أو التي يقوم النزاع على امتداده إليها تكون غير محددة ويكون المقابل النقدي عنها غير محدد ويضحى طلب فسخ العقد أو امتداده طلب غير قابل لتقدير قيمته وتعتبر الدعوى به زائدة على مائتين وخمسين جنيهاً طبقاً للمادة ٤١ من قانون المرافعات وينعقد الاختصاص النوعي والقيمي بنظرها للمحكمة الابتدائية" (الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٦).

وتنص المادة ١٥٨ من القانون المدني على أن" يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه " .

- **المقصود بالفسخ الاتفاقي** :

قد يتفق الطرفان عند التعاقد على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي ، إذا لم يتم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، ويطلق على هذا الاتفاق (الشرط الفاسخ الصريح) تمييزا له عن الفسخ القضائي الذي يقوم على فكرة (الشرط الفاسخ الضمني) ، ولا يشترط القانون ألفاظا معينة للشرط الفاسخ الصريح ، ولهذا يكون لمحكمة الموضوع استخلاص هذا المعنى استخلاصا موضوعيا سائغا تحتمله عبارات العقد وتؤدي إليه ، ويختلف أثر هذا الاتفاق بحسب ما يرد في العقد من اتفاقات بين الطرفين بشأنه ، ويمكننا أن نعرض لذلك في الفروض الآتية : ١- فقد يتم الاتفاق على أن العقد يعتبر مفسوخا إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، وفي هذه الحالة لا يكون لمثل هذه الاتفاق أهميته من الناحية العملية ، إذ أنه يعتبر بمثابة تأكيد للقاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ ، ولهذا يجب أن يقوم الدائن بإعذار المدين ، والالتجاء الى القضاء للحكم له بالفسخ ، وتطبق الأحكام التي سبق لنا بيانها للفسخ القضائي من حيث سلطة القاضي ، ومن حيث إمكان العدول عن الفسخ الى التنفيذ ، وتوقي المدين للفسخ ، ٢- وقد يتم الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه ، وفي هذه الحالة يتجه الرأى الى أن مثل هذا الشرط بسلب القاضي سلطته التقديرية ، فلا يكون له إلا الحكم بالفسخ ، وإن كان هذا لا يغني عن قيام الدائن بإعذار المدين ، ورفع دعوى الفسخ ، ٣- وقد يتم الاتفاق على أن يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ، وفي هذه

الحالة ينصرف الشرط الى وقوع الفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى رفع الأمر الى القضاء ، ومع ذلك فإن مثل هذا الشرط لا يعفي الدائن من إعذار المدين حتى يترتب هذا الأثر ، فيعتبر العقد مفسوخا إذا لم يقم بتنفيذ التزامه بعد تلقي الإعذار ، وهذا ما لم يتفق صراحة بين الطرفين على الإعفاء من الإعذار ، ٤- وأخيرا فإنه قد يتم الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم ، ودون حاجة الى إعذار ، وفي هذه الحالة إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه عند حلول الأجل ، تحقق الفسخ ، دون حاجة الى إعذار ، ودون حاجة الى رفع دعوى للمطالبة بالفسخ .

ويراعي أن الفسخ الاتفاقي لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، فلا يعتبر العقد مفسوخا إلا إذا أظهر الدائن رغبته في ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ طالما لم تظهر رغبة الدائن في ذلك . (د/ توفيق فرج ، د/ جلال العدوي ، مرجع سابق ص٣٣٤ وما بعدها)

- **التمييز بين الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "قاعدة الفسخ الوارد بنص المادة ١٥٧ مدني غير آمرة تسري على العقود الملزمة للجانبين- ومنها عقود الإيجار التي تخضع لأحكامه وتخرج عن نطاق تطبيق قوانين الإيجارات الاستثنائية – ومقتضاها وجوب الالتجاء للقضاء لاستصدار حكم بفسخ العقد جزاء إخلال الطرف الآخر بالتزاماته وقد منح القانون المدني في المادة ١٥٨ منه للمتعاقدين حرية الاتفاق على وقوع الفسخ بقوة الاتفاق بمجرد تحقيق الإخلال دون حاجة للجوء للقضاء لاستصدار حكم بالفسخ، وبالتالي وحتى تنصرف إرادة المتعاقدين إلى وقوع الفسخ بقوة الاتفاق فإنه يتعين أن تكون عبارات الشرط واضحة قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول الإخلال بالالتزام الموجه إليه" (الطعن رقم ١٩٥٢ لسنة ٥٤ق جلسة٣٠/١٠/١٩٨٥)، وبأنه "شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يختلفان طبيعة وحكماً، فالشرط الفاسخ الصريح يجب أن تكون صيغته في العقد صريحة قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، وهو لذلك يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بأداء التزامه أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ، أما الشرط الضمني فلا يستوجب

الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ" (الطعن رقم ٨٧٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣)، وبأنه "شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكماً فالشرط الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً إذ هو خاضع لتقدير القاضي وللقاضي أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملاً قبل أن يصدر ضده حكم نهائي بالفسخ. أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضي به المادة ٣٣٤ من القانون المدني (قديم) يوجب الفسخ حتماً فلا يملك معه القاضي إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن، ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمي إلى الوفاء. بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة في الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشتري إذ قصر في الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً في طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمني المفترض في جميع العقود التبادلية ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وإذ قد ثبت لها تخلف المشتري فهي تقرر حق البائع في الفسخ نزولاً على حكم الشرط الفاسخ الصريح عملاً بنص المادة ٣٣٤ مدني، ثم لم تلبث أن قالت في آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منها أسباباً لحكمها، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطي الفسخ الصريح والضمني طبيعة وحكماً. وهذا تعارض في أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه" (١٩٤٦/٥/٢ مجموعة القواعد القانونية ١١٣ – ٨٥٠)

- **ويجوز التمسك بفسخ العقد طبقاً للشرط الفاسخ الصريح في صورة دفع للدعوى المرفوعة على المدعى عليه** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "طلب المطعون ضدها الأولى رفض الدعوى تأسيساً على أن عقد التنازل الصادر منها إلى الطاعن قد انفسخ إعمالاً للشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه بينهما لا يعتبر منها – بوصفها مدعى عليها – طلباً

عارضاً بل هو دفع موضوعي يدخل في نطاق المفاضلة في الدعوى، لأن فسخ العقد بحكم الشرط الفاسخ الصريح يقع حتماً بمجرد إخلال المدين بالالتزام الذي يترتب عليه الفسخ، ولا يقتضي رفع دعوى لطلبه أو صدور حكم به، ويكفي أن يتمسك به الدائن في مواجهة المدين وللمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري" (الطعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)

- **وعدم الرد على الدفع بسقوط الحق في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح يعد قصوراً في التسبيب يعيب الحكم** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا دفع بسقوط الحق في التمسك بالشرط الفاسخ الصريح، ولم يرد الحكم على ذلك إلا بمجرد الإشارة إلى طلب الفسخ مطلقاً دون بيان للمراد منه هل هو الفسخ الصريح أو الفسخ الضمني، فهذا يكون قصوراً في التسبيب يعيب الحكم ويوجب نقضه" (الطعن رقم ٢٠ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/١٢/٢٧)

- **الشرط الفاسخ الصريح ودرجاته** :

إذا لم يرتب المتعاقدان، بموجب شرط في العقد، على عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، فسخه من تلقاء نفسه، فإن الأصل، كما سلف البيان، أن الفسخ لا يكون إلا بحكم القاضي وذلك استناداً إلى الشرط الفاسخ الضمني.

غير أنه يجوز أن يتفق المتعاقدان، بموجب شرط في العقد، على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه.

وقد أجازت المادة ١٥٨ مدني مثل هذا الاتفاق إذ نصت على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه".

ويعتبر إدراج هذا الشرط الفاسخ في العقود الملزمة للجانبين من أكثر الشروط شيوعاً، إذ أنه يغني الدائن عن الالتجاء للقضاء وضياع وقت كبير في إجراءات بطيئة.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن هذا الشرط يطمئن الدائن على وقوع الفسخ تلقائياً دون أن تكون للقاضي أية سلطة تقديرية في إعماله إذا توافرت

شروطه، أما بالنسبة للمدين فإن وجود هذا الشرط في العقد يقطع الطريق أمام المدين المخل بتنفيذ التزامه، في أن يعرض تنفيذاً متأخراً، إذ أن هذا العرض لا يجدي مع وجود الشرط الفاسخ ويجد الشرط الفاسخ الصريح أساسه الفلسفي في مبدأ سلطان الإرادة والحرية في التعاقد .

ولا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح، ولكن يجب أن يكون مضمون الصياغة واضحاً، الذي يتمثل في فسخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد الإخلال بالالتزام، وعلى ذلك فالنص في العقد على ترتيب آثار الفسخ، بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار، بمجرد المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه صراحة. ولا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به محكمة الموضوع.

ويتفاوت أثر الشرط الفاسخ الصريح أو قوته حسب طريقة صياغته، فقد ينص في العقد على أن يعتبر مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وهذا أضعف آثار الشرط، وقد تزيد قوة أثره بأن يتفق المتعاقدان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، أو يكون مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، وقد تصل قوة أثر الشرط إلى ذروتها إذا اتفق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار أو دون حاجة إلى إعذار . (حمدي عبد الرحمن ص٦١٤ وما بعدها– حسام الأهواني بند ٥٩٩ – شرف الدين بند ٢١٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ إلا أنه يلزم أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، كما وأن الشرط الفاسخ لا يعتبر صريحاً في حكم المادة ١٥٨ من القانون المدني إلا إذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة لحكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزام. وكان النص في البند الثالث من عقد البيع موضوع التداعي على أنه "إذا تأخر الطرف الثاني – الطاعنة – عن سداد القسط المستحق أو جزء منه في موعده المحدد يخطر في موعد غايته شهر من تاريخ التأخير فإن تخلف عن السداد بعد إخطاره استحقت جميع الأقساط دفعة واحدة ويكون للشركة البائعة في هذه الحالة الحق في أحد أمرين: (١) اعتبار العقد

مفسوخاً من تلقاء نفسه ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء قانوني أو قضائي آخر. (٢) مطالبة الطرف الثاني بباقي الأقساط التي تأخر في سدادها مع حساب فائدة تأخير قدرها ١٤٪ ..." فإن صيغة الشرط على النحو آنف البيان لا تفيد اتفاق الطرفين على انفساخ العقد حتماً من تلقاء نفسه في حالة التأخر في دفع قسط أو جزء منه على نحو ما نصت عليه المادة ١٥٨ من القانون المدني، ولا تعدو أن تكون ترديداً لحق البائع في الشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين" (الطعن رقم ٢٢٤٧ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٤/٢٧)، وبأنه "أنه وإن كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ إلا أنه يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه مجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعنان رقما ٣٠٩٣ لسنة ٥٧ق و ١٢٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٦/١٠)، وبأنه "لا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح وعلى ذلك فإن النص في الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه. فإذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من عبارات العقد أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره إلى اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه عند إخلال الطاعنين (البائعين) بالتزامهما وبنت هذا الاستخلاص على ما ورد في العقد من عبارات فسرتها بأنها تفيد الاتفاق على أنه في حالة تخلفهما عن الوفاء بالتزامهما يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذي تخلفا عن تسليمه وذلك بدون أي منازعة وبلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار وهو أثر لا يترتب إلا على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه – وكان لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به فإن تكييف الشرط على مقتضى هذا التفسير بأنه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير كفاية أسباب الفسخ – هذا التكييف لا مخالفة فيه للقانون" (الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨)، وبأنه جرى قضاء هذه المحكمة على أنه إذا لم ينص في عقد البيع على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم في حالة تأخر المشتري عن سداد الثمن فإن الفسخ لا يقع في هذه الحالة إلا إذا صدر

به حكم من القضاء" (الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/٥/١١)، وبأنه "لا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ، وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١١/١٨)، وبأنه "لما كان عقد الإيجار ينص في بنده الرابع على أنه "إذا تأخر الطرف الثاني في سداد الإيجار في موعده يصبح هذا العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ إجراءات ويحق للطرف الأول رفع دعوى أمام القضاء المستعجل بفسخ عقد الإيجار وطرد المستأجر إذ تعتبر يده في هذه الحالة يد غاصب" فإنه يكون قد تضمن شرطاً فاسخاً صريحاً يسلب القاضي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يبقى له في اعتبار الفسخ حاصلاً فعلاً إلا التحقق من حصول المخالفة التي بني عليها" (الطعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٧)، وبأنه "الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه. وإذا كانت عبارة الشرط الواردة في عقد البيع أنه "إذا لم يدفع باقي الثمن في المدة المحددة به يعتبر البيع لاغياً" فإن هذا الشرط لا يعدو أن يكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين، ولما كانت محكمة الموضوع قد رأت في حدود سلطتها التقديرية ألا تقضي بالفسخ استناداً إلى الشرط الفاسخ الضمني الوارد بالعقد لما تبينته من أن الباقي من الثمن بعد استنزال قيمة العجز في المبيع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته فإنها لا تكون قد خالفت القانون" (الطعن رقم ٤٩١ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٣/١/٩)، وبأنه "يلزم في الشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)، وبأنه "الشرط الفاسخ لا يقتضي الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتماً عند تحققه" (الطعن رقم ٦٥٤ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥)

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن "النص في العقد على أنه إذا تأخر الطرف الثاني في دفع القيمة الإيجارية يحق للطرف الأول فسخ هذا العقد وتصبح حيازة الطرف الثاني للعين بلا سند قانوني وبغير حاجة إلى تنبيه بالسداد لا تؤدي إلى فسخ العقد حتماً ومن تلقاء نفسه فور تراخي المستأجر في الوفاء بالأجرة في مواعيدها، إذ جاءت قاصرة على مجرد منح المؤجر حق فسخ العقد وهو ذات الحق المقرر له في القانون في العقود الملزمة للجانبين، أي أنها لا تعدو أن تكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المنصوص عليه في المادة ١٥٧ من القانون المدني، ولا يغير من ذلك ما ورد بعبارة الشرط من أن حيازة المستأجر تصبح بلا سند قانوني إذ أن ذلك أثر محقق لوقوع الفسخ اتفاقاً أو قضاء فلا تنصرف لأحدهما دون الآخر، كما أن تقرير حق المؤجر في الفسخ دون تنبيه ليس إلا مجرد إعفاء من الإعذار دون إعفاء من اللجوء إلى القضاء في طلب الفسخ بحكم منشئ له، وهو أمر بدوره جائز في حالتي الفسخ الاتفاقي أو القضائي" (الطعن رقم ١٩٥٢ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٥/١٠/٣٠)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يتعين للقول بتوافر الشرط الفاسخ الصريح أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه لمجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/٥/١١)، وبأنه "القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح، والنص في العقد على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو إخطار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد، يقوم مقام النص على الشرط بلفظه. ولا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به" (الطعن رقم ١٩ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧)، وبأنه "لما كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ إلا أنه يلزم أن تكون صيغته صريحة قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً عند تحققه ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزام" (الطعن رقم ٤٩٤٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠)، وبأنه "الشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة سلطة تقدير أسباب الفسخ يلزم أن تكون صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ بمجرد حصول المخالفة الموجبة له" (الطعن رقم ٢٦٤٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٦/٢/١٨) وبأنه "متى انتهى الحكم إلى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، في حين أن الثابت أن العقد لم يتضمن النص على الفسخ بإرادة الدائن، وإنما نص فقط في البند الثاني على حلول الأقساط

المتفق عليها عند التخلف عن دفع إحداها في موعده مع استحقاق فائدة بواقع ٤٪ سنوياً من تاريخ التخلف حتى السداد ومن ثم فلا يترتب على مخالفة هذا البند سوى فسخ العقد بناء على شرط الفاسخ الضمني المفترض في العقود الملزمة للجانبين. ولما كان شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمني يختلفان طبيعة وحكماً وكان الشرط الضمني لا يستوجب الفسخ حتماً بمجرد حصول الإخلال بالالتزام، إذ هو خاضع لتقدير القاضي، وللقاضي أن يمهل المدين كما أن للمدين أن يتفادى الفسخ إذا قام بتنفيذ الالتزام قبل صدور الحكم النهائي فإن الحكم المطعون فيه، إذا استند في قضائه باعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه إلى ما ورد بالبند الثاني من العقد، يكون قد خالف الثابت بالأوراق ومسخ اتفاق الطرفين، مما يعيبه ويستوجب نقضه" (الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦)، وبأنه "يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه" (١٩٥٥/٤/١٤ مجموعة القواعد القانونية – ١٢٩ – ٨٥٣)، وبأنه "النص في عقد الصلح على أنه إذا تأخر المدين عن الوفاء بقسط من أقساط الدين حلت باقي الأقساط فوراً دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار رسمي أو غير رسمي فضلاً عن اعتبار الصلح كأن لم يكن واستعادة الدائن حقه في التنفيذ بالدين المحكوم به بأكمله، هذا النص لا يفيد اتفاق الطرفين على اعتبار الصلح مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة التأخر في دفع أحد الأقساط وإنما كل ما يفيده هو سقوط أجل الوفاء بالأقساط بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار عند التأخر في دفع قسط منها. أما النص على اعتبار الصلح كأن لم يكن في هذه الحالة فليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين" (الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٧/٤/٢٠)، وبأنه "مما لا يفيد الشرط الفاسخ الصريح النص في عقد البيع على أنه إذا ظهر على العين المبيعة ديون مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد فإن البائع يلتزم بتعويض مدني كما يجوز للمشتري أن يفسخ التعاقد بمجرد إنذار البائع... فهو شرط ضمني فاسخ" (١٩٣٦/٤/٢ مجموعة القواعد القانونية – ١١٨ – ٨٥١)، وبأنه "في حالة تأخر سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حقاً مكتسباً للبائع المذكور" (١٩٥٠/٣/٢٣ مجموعة القواعد القانونية – ١١٩ – ٨٥١)، وبأنه "إذا أخلت المشترية بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغياً" (١٩٥٠/١/١٢ مجموعة القواعد القانونية ١٢٠– ٨٥١)

- **اللجوء إلى القضاء إذا نازع المدين في تحقق الشرط** :

إذا نازع المدين الدائن في تحقق الشرط الفاسخ الصريح مدعياً أنه قام بالوفاء، فلا مناص من لجوء الدائن إلى القضاء بطلب الحكم بفسخ العقد. إذ يتعين لإعمال الشرط أن يتمسك به صاحب الشأن فلا يجوز للمحكمة إعماله أو إعمال آثاره من تلقاء نفسها . (الصدة ص٤٠٤ – حلمي بدوي ص٤٨٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر أن الشرط الفاسخ الصريح وإن كان يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر ذلك الشرط بعد أن يطالب به الدائن ويتمسك بإعماله باعتبار أن الفسخ قد شرع في هذه الحالة لمصلحته وحده فلا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها" (الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/٣٠)، وبأنه "أن المطعون ضده إذ ذهب في عريضة استئنافه إلى تعديل طلباته السالفة في الدعوى الابتدائية بإضافة طلب الحكم بفسخ عقد البيع الابتدائي المؤرخ ١٩٧٣/١/٢٤ إلى طلب إلزام المطعون ضده بمقابل الانتفاع فإن طلب الفسخ يعد طلباً جديداً يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بما كان يستوجب منها أن تقضي ومن تلقاء نفسها بعدم قبوله إعمالاً لنص المادة ٢٣٥ من قانون المرافعات" (الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/٣٠)

- **لا يشترط لانطباق الفسخ الاتفاقي توافر ذات شروط الفسخ القضائي** :

لا يشترط لقيام حق الدائن في الفسخ بالنسبة للفسخ الاتفاقي ذات الشروط المنصوص عليها في الفسخ القضائي وذلك لاختلاف أحكام الفسخ الاتفاقي عنه في الفسخ القضائي كما أن مجال إعمال المادة (١٥٧) من القانون المدني هو الشرط الفاسخ الضمني أما في حالة الفسخ الاتفاقي فالقاضي ليس له خيار بين الفسخ والتنفيذ عكس الفسخ القضائي . (انظر عكس ذلك الشرقاوي ومحمد كمال عبد العزيز)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاب طرفي التعاقد إلي ما طلباه من فسخ العقد فإنه لا يكون ثمة محل بعد ذلك للتحدث عن شروط انطباق أحكام المادة ١٥٧ من القانون المدني لأن مجال إعمالها هو في حالة الشرط الفاسخ الضمني أما في حالة الفسخ الاتفاق فالعقد يفسخ حتما دون أن

يكون للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ" (طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١)

- **عدم اعتبار مجرد طلب البائع رفض دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع لعدم سداد باقي الثمن تنازلا عن طلب الفسخ :**

فقد قضت محكمة النقض بأن "حق البائع في طلب الفسخ. سقوطه بالتنازل صراحة أو ضمنا. مجرد طلبه رفض دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع لعدم سداده بقية الثمن. عدم اعتباره في حد ذاته تنازلا عن طلب الفسخ أو إبداء منه لرغبته في تثبيت العقد" (الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٨) وبأنه "ولئن كان للبائع أن يسقط حقه في طلب الفسخ صراحة أو ضمنا إلا أن مجرد طلبه رفض دعوى المشتري بصحة ونفاذ عقد البيع لعدم سداده بقية الثمن لا يعد في حد ذاته تنازلا عن طلب الفسخ أو إبداء منه لرغبته في تثبيت العقد وليس هذا نزولا صريحا عن التنازل، ولا من قبيل الموقف الذي لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته علي قصد النزول" (الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٨) وبأنه "اعتبار الحكم المطعون فيه مجرد طلب الطاعن رفض دعوى المطعون ضده بصحة ونفاذ عقد البيع لعدم سداد بقية الثمن تنازلا منه عن طلب الفسخ مرتبا علي ذلك رفض دعواه الفرعية. فساد في الاستدلال" (الطعن رقم ١٤٢٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٨)

- **ولا يجوز لدائن المطالبة بالفسخ إذا كان العقد معلقا علي شرط لم يحن ميعاده بعد :**

لا يجوز للدائن المطالبة بالفسخ إذا كان العقد معلقا علي شرط لم يحن ميعاده بعد فإذا كان العقد معلقا علي شرط واقف فيجب علي الدائن الالتزام بفترة التعليق وبالتالي لا يجوز له خلال فترة التعليق اتخاذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيار أولا حتى المطالبة بفسخ العقد وقد أخذت محكمة النقض رأينا هذا فقضت بحكم حديث لها بأن "من المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن دعوى صحة التعاقد لا يقتصر موضوعها علي محل العقد بل يتناول تنفيذه أيضا، اعتبارا بأن الحكم الذي يصدره القاضي في الدعوى يقوم مقام تنفيذ العقد إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام وفقا للمادة ٢١٠ من القانون المدني. وإذ كان الشرط الواقف من شأنه أن يوقف نفاذ الالتزام إلي أن تتحقق الواقعة المشروطة، فيكون الالتزام في فترة التعليق

موجودا، وإن كان وجوده ليس مؤكدا، فإنه لا يجوز للدائن خلال هذه الفترة اتخاذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيار طالما لم يتحقق الشرط. وإذ كانت المحكمة قد انتهت–علي ما سلف–بأن الاتفاق محل التداعي معلق علي شرط واقف وهو تمام بيع العقار، وكان الحكم الصادر ببيع المنزل بالمزاد العلني لم ينفذ بعد، ولم يتفق الطرفان علي البيع، فإن الدعوى بطلب صحته ونفاذه تكون قد رفعت قبل الأوان. وإذ خالف الحكم المطعون فيه ذلك وقضي بصحة ونفاذ هذا الاتفاق فإنه يكون معيبا مما يوجب نقضه جزئيا في هذا الخصوص" (الطعن رقم ١٥٤٨٧ لسنة ٧٧ق "الدائرة المدنية" جلسة ٢٠٠٨/١٠/٢٦)

- **عبء إثبات الفسخ الاتفاقي** :

يقع عبء إثبات الفسخ الاتفاقي علي مدعيه فإذا ادعى أحد طرفي العقد بوجود شرط في العقد بفسخه إذا لم يلتزم أحد الأطراف بالتزاماته فعليه إثبات ذلك وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى ومن ثم يجب علي مدعى الفسخ الاتفاقي لإثبات دعواه تقديم العقد وإرشاد المحكمة للشرط الفاسخ إذا كان منصوص عليه صراحة .

فقد قضت محكمة النقض بأن "لا محل للنعي علي الحكم بمخالفة القانون بحجة أنه لم يعتد بما اتفق عليه في عقد البيع من فسخ العقد إذا تخلفت البائعة عن نقل الرخصة متى كان الطاعن لم يقدم عقد البيع لتتبين محكمة النقض ما إذا كان يحوي شرطا فاسخا يحول دون استعمال محكمة الموضوع حقها في تقدير طلب الفسخ أو يحول بين البائعة وإمكانها الوفاء أو عرض الوفاء بعد رفع دعوى الفسخ" (مجموعة القواعد القانونية بند ١٣٩ ص٨٥٤ جلسة ١٩٥٢/٤/١٠)

- **تحول الفسخ الاتفاقي للفسخ القضائي** :

إذا عجز مدعى الفسخ الاتفاقي إثبات الفسخ الاتفاقي وكان يرجع ذلك لضياع العقد المنصوص عليه بالفسخ أو الغموض النصي علي الفسخ الاتفاقي فمن حق مدعى الفسخ هنا إثبات الفسخ بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن ومنها شهادة الشهود أو أي مستند آخر يثبت إدعائه وهنا يتحول إثبات الفسخ الاتفاقي للفسخ القضائي.

- **وقصر الفسخ الاتفاقي علي بعض الالتزامات لا يجعله يمتد إلي غيرها ولا يحرم الدائن من الحق في التمسك بالفسخ القضائي بالنسبة إلي غيرها كما يجوز الاتفاق علي حرمان الطرفين أو أحدهما من التمسك بالفسخ** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان عقد البيع مذكورا فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغيا ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروما مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر من الثمن بل أن هذا الحق ثابت له بنص القانون وباقي له من غير أي اشتراط في العقد بخصوصه فإن تفسيرها هذا الشرط لا يصح الطعن عليه بأنه مخالف للعقد الذي هو قانون المتعاقدين لأنه تفسير يحتمله العقد ولا غبار عليه قانونا. ولكن كان يصح هذا الطعن لو أن العقد كان مذكورا فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضي المتأخر مضمونا بما له من امتياز علي العقار المبيع" (مجموعة القواعد القانونية بند ١٣٦ ص٨٥٤ جلسة ١٩٣٥/٥/٢– محمد كمال عبد العزيز ص٥٦٠ الجزء الأول)

- **ويجب علي المحكمة أن تفصح عما إذا كانت قد أسست قضاءها علي الفسخ القضائي أم الفسخ الاتفاقي** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "إذا دفع بسقوط الحق في التمسك بالشرط الصريح الفاسخ ولم يرد الحكم علي ذلك إلا بمجرد الإشارة إلي طلب الفسخ مطلقا دون بيان للمراد منه هل هو الفسخ الصريح أو الفسخ الضمني فهذا يكون قصورا في التسبيب يعيب الحكم ويوجب نقضه" (مجموعة القواعد القانونية بند ١٣٤ ص٨٥٣ جلسة ١٩٤٧/١٢/٢٧)

- **الحالات التي يمتنع فيها الفسخ** :

يشترط للقضاء بالفسخ أن يكون المدين قد تخلف عن تنفيذ التزامه بغير حق أما إذا كان التخلف بسبب من قبل الدائن لاستعمال المدين حقه في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ فلا يجوز للدائن بسبب حالة من هذه الحالات المطالبة بالفسخ .

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الثابت من مذكرة الطاعنة المقدمة لمحكمة أول درجة أن مما تتمسك به من أوجه دفاع في الدعوى الفرعية التي إقامتها

عليه المطعون عليها الأولي بطلب فسخ عقد البيع -الذي طلب القضاء بصحته ونفاذه في الدعوى الأصلية- أن البائعة لم تشترط في ملحق العقد الذي اتفق فيه علي الشرط الصريح الفاسخ أن يكون الوفاء بباقي الثمن في موطنها فكان لزاما عليها أن تسعي إليه في موطنه لتطالبه به في موعد استحقاقه أو أن تعذره بالوفاء به وإذ خلت الأوراق مما يفيد إنها انتقلت إليه في موطنه لتطالبه بدفع باقي الثمن أو أنذرته بدفعه وأنه امتنع رغم ذلك عن الوفاء به فإن الشرط الصريح الفاسخ لا يكون قد تحقق، وإذ كانت محكمة الاستئناف قد رأت إلغاء الحكم الابتدائي الذي قضي برفض دعوى الفسخ لمصلحة الطاعن فإنه كان لزاما عليها أن تفصل في دفاعه المشار إليه والذي لم يتعرض الحكم الابتدائي لبحثه اكتفاء بما قبله من أوجه دفاع أخرى مادام لم يثبت نزول الطاعن عنه صراحة أو ضمنا ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه، وهي إذ لم تفعل رغم كونه دفاعا جوهريا فقد يتغير بتحقيقه وجه الرأي في الحكم في الدعوى فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور" (الطعن رقم ١٥٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٧/١٢/٢١) وبأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء علي عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، أما إذا كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا، ولما كان التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يقابله التزام بنقل الملكية إلي المشتري فإنه إذا وجدت أسباب جدية يخشي معها أن لا يقوم البائع بتنفيذ التزامه يكون من حق المشتري أن يوقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه باتخاذ كل ما يلزم لنقل الملكية، وذلك عملا بالمادتين ٢٤٦، ٤٢٨ من القانون المدني" (الطعن رقم ٢٣٤ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/١١/٢٢)، وبأنه "الشرط الفاسخ المقرر جزاء علي عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان من حق المشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع فلا عمل للشرط الفاسخ ولو كان صريحا، ولما كان التزام المشتري بدفع الثمن في عقد البيع يقابله التزام البائع بنقل الملكية إلي المشتري، فإذا وجدت أسباب جدية يخشي معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه كأن يكون غير مالك للعقار المبيع كان من حق المشتري أن يقف التزامه بدفع الثمن حتى يقوم

البائع من جهته بتنفيذ التزامه، ولما كان الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الاستئناف بحقه في حبس باقي الثمن نظرا ن المطعون ضده لم ينفذ التزامه بتسهيل نقل ملكية المبيع إليه إذ امتنع عن تسجيل عقد مشتراه من المالكين الأصليين أو تسليم هذا العقد إليه الأمر الذي يستحيل معه نقل الملكية باسمه مما يتهدده بنزع المبيع من تحت يده إذا ما تصرف فيه ملاكه الأصليين أو المطعون ضده إلي الغير بعقد مسجل" (الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٠)

وقد قضت محكمة النقض أيضا بأن "من المقرر-في قضاء هذه المحكمة-أنه وإن كان الاتفاق علي أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعماله ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط علي عبارة العقد كما أنه له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله فإن تبين له أن الدائن اسقط حقه في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو كان الدائن هو الذي تسبب بخطئه في عدم التنفيذ في حالة توافر شروطه وجب أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي. ولا يبقي للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني، لما كان ذلك وكان البين من صحيفة الاستئناف أن الطاعن تمسك فيها بنزول الشركة المطعون ضدها عن الشرط الصريح الفاسخ مستندا إلي قرار مجلس إدارتها بتأجيل الوفاء بالقسط الأول وتراخيها في دفع دعوى الفسخ وقبوله الوفاء بالأقساط اللاحقة، وكان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد في العقد دون أن يعرض لهذا الدفاع وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون مشوبا بالقصور" (الطعن رقم ٢٣٦٨ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٧)، وبأنه "من المقرر-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق، فإذا كان للمشتري الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه، وجب علي المحكمة التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي ولا يبقي للبائع سوى التمسك

بالفسخ القضائي طبقا لنص المادة ١٥٧ من القانون المدني وكانت الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة أول درجة بوجود عجز في مساحة أرض التداعي، وقدمت كشف تحديد مساحي تدليلا علي دفاعها، وهو في حقيقته دفع بعدم التنفيذ، ومن ثم فإن هذا الدفاع يعتبر مطروحا علي محكمة الاستئناف ترتيبا علي الأثر الناقل للاستئناف، وإذ لم يثبت أنها تنازلت عنه صراحة أو ضمنا، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه علي تحقق الشرط الفاسخ الصريح وأغفل الرد علي هذا الدفاع الذي لو صح لتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون معيبا بالقصور والخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٢٣١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠)، وبأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه وجب علي القاضي التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي، ولا يبقي للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني" (الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٥/٣٠)، وبأنه "الاتفاق علي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء ذاته دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط الثمن في الميعاد–مناطه–تحقق المحكمة من توافر شروطه وموجب أعماله–مؤدي ذلك–التزامها بالتثبيت من انطباق الشرط علي عبارة العقد ومراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله–تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو قيام حقه في الدفع بعدم التنفيذ–أثره–عدم جواز إعمال شرط الفسخ الاتفاقي" (الطعن رقم ٢٣٠٦ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٥/٦/٢٧)، وبأنه "المقرر–في قضاء هذه المحكمة–أنه إذا تسبب الدائن بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه وجب علي القاضي التجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي ولا يبقي للدائن سوى الفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني" (الطعن رقم ١٦١٦ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٠)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ المقرر جزءا عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه ولا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق فإن كان للمشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع وجب علي المحكمة التجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقي" (الطعن رقم ٢٥٣٢ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٩/٣/٣٠)، وبأنه "الشرط الفاسخ المقرر جزاء عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء

بغير حق، فإن كان للمشتري قانونا أن يحبس الثمن عن البائع وجب علي المحكمة التجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقي" (الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٤/٩)

- **جواز طلب المؤلف أو خلفه العام فسخ العقد إذا لم يلتزم من انتقلت إليه الحقوق المالية للمؤلف بعرض المصنف علي الجمهور في الأجل المتفق عليه أو خلال مدة معقولة من تاريخ التعاقد إذا ما خلا العقد من اشتراطه** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "الملكية المالية. غايتها. حماية حق المالك في الاستحواذ علي محل الحق والاستئثار به . اختلافها عن الملكية الفكرية التي تهدف تمكين المؤلف وحماية حقه في نشر وعرض أفكاره علي أكبر مجموع من الناس. عدم جواز مصادرة ذلك الحق بترك أمر عرض المصنف أو حجبه عن الجمهور لمشيئة من يتنازل له المؤلف عن حقوقه المالية. ثبوت هذا الحق للمؤلف وخلفه ولو نزل للغير عن حقوقه المالية واعتبار العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه. مقتضاه. التزام من تنتقل إليه الحقوق المالية للمؤلف بإتاحة المصنف للجمهور. عدم عرضه في الأجل المتفق عليه أو خلال مدة معقولة من تاريخ التعاقد. أثره. جواز طلب المؤلف أو خلفه العام فسخ العقد" (الطعن رقم ٢١٦٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٦/٧/١٠)، وبأنه "إذ كانت الملكية المالية تستهدف حماية حق المالك في الاستحواذ وحده علي محل الحق والإستئثار به فإن الملكية الفكرية علي النقيض من ذلك قد تؤتي ثمارها بالانتشار لا بالاستئثار وقد تهدف في الأساس إلي تمكين المؤلف وحماية حقه في نشر وعرض أفكاره علي أكبر مجموع من الناس فالأصل أن المصنف معد للجمهور وموجه إليه ومتى قدر المؤلف صلاحيته للنشر فلا يجوز مصادرة هذا الحق بترك أمر عرض المصنف أو حجبة عن الجمهور لمطلق مشيئة من يتنازل له المؤلف عن حقوقه المالية لذلك حرص المشرع علي النص علي حق إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة في صدر الحقوق الأدبية وهذا الحق يظل ثابتا للمؤلف وخلفه العام ولو نزل للغير عن حقوقه المالية ويعتبر العقد متضمنا له ولو خلا من اشتراطه ولا يجوز حرمانهم من هذا الحق مما مقتضاه أن من تنتقل إليه الحقوق المالية للمؤلف يكون دائما ملتزما بإتاحة المصنف للجمهور فإذا لم يعرضه في الأجل المتفق عليه أو خلال مدة معقولة من تاريخ التعاقد في حالة عدم الاتفاق علي أجل محدد لذلك كان مخلا بالتزامه ومسئولا أمام المؤلف ويجوز له ولخلفه العام

طلب فسخ العقد" (الطعن رقم ٢١٦٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٦/٧/١٠)، وبأنه "تمسك الطاعنين بتضمين عقد بيع مورثهم مع للمطعون ضده شرط اعتباره مفسوخا إذ حالت ظروف الأخير من إنتاج المصنف كفيلم وتحقق هذا الشرط بمضي مدة طويلة دون إنتاجه. قضاء الحكم المطعون فيه برفض طلب الفسخ تأسيسا علي تنازل مورثهم عن حقوقه المالية في استغلال المصنف لخلو العقد من تحديد أجل لإنتاج المصنف. قصور وخطأ. علة ذلك" (الطعن رقم ٢١٦٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٦/٧/١٠)، وبأنه "إذ كان الطاعنون قد تمسكوا بأن عقد بيع مورثهم قصة فيلم "اخناتون" للمطعون ضده المؤرخ ١٩٧٧/٥/٣١ تضمن النص علي اعتباره مفسوخا إذا حالت ظروف الأخير دون إنتاج الفيلم وبأن هذا الشرط قد تحقق بمضي ما يزيد عن ١٤ سنة دون إنتاجه فأطرح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع قولا منه أن تنازل عن حقوقه المالية في استغلال قصة الفيلم بالعقد المذكور الذي خلا من تحديد أجل معين لإنتاج الفيلم وكان هذا الذي قرره الحكم لا يواجه دفاع الطاعنين ولا يصلح سندا لرفض طلب الفسخ إعمالا للشرط سالف البيان ولحقهم الأدبي في إتاحة مصنف مورثهم للجمهور لأول مرة إذا ثبت عدم تنفيذ المطعون ضده لهذا الالتزام خلال مدة معقولة وفقا لظروف التعاقد وما جرى عليه العمل ولا يغير من ذلك ما قرره الحكم من أن الثابت من الأوراق والمستندات المقدمة أن المطعون ضده بدأ الإعداد لإنتاج الفيلم من تاريخ التعاقد دون تأخير أو تقصير من جانبه دون أن يبين هذه الأوراق والمستندات ومضمونها وكيف استقي منها ذلك وماهية الظروف التي حالت دون إنتاج الفيلم لمدة تزيد عن ١٤ سنة رغم سعي المطعون ضده لتنفيذ التزامه مما يعيب الحكم بالقصور في التسبيب والخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٢١٦٠ لسنة ٦١ق جلسة ٢٠٠٦/٧/١٠)

- **الاتفاق علي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم أو إعذار أو دون حاجة إلي إعذار** :

هذه الحالة وإن كانت تشكل أقصي درجات الفسخ قوة وأثرا إلا أنها تشتمل في الواقع علي صورتين يختلفا في القوة، الصورة، الأولي تتمثل في أن المتعاقدين يتفقان علي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم أو إعذار. والثانية تتمثل في اتفاقهما علي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي إعذار، وذلك كله في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزامه، وقد يختار المتعاقدان صياغة أي صورة من الصورتين ويضمناها العقد .

ولعل اشتراط الفسخ دون حاجة إلي حكم أو إعذار يكون أقوى من اشتراطه دون حاجة إلي إعذار، ففي الحالة الأولي يكون قاضي الأمور المستعجلة مختصا لأن حكم القاضي يكون كاشفا عن الفسخ لا منشئا له، بينما لا يكون مختصا في الحالة الثانية لأن حكم القاضي يكون منشئا للفسخ .

ومفاد ما سبق أنه لا حاجة في الأصل، لكي يقع الفسخ، إلي أي إعذار أو رفع دعوى بطلب الحكم بالفسخ، فالفسخ يقع بقوة شريعة الاتفاق عند عدم التنفيذ في الميعاد المحدد، وبالتالي يستطيع الدائن أن يعتبر العقد مفسوخا بمجرد إخلال المدين بالتزامه دون حاجة إلي إعذاره. فلزوم الإعذار أمر مقرر لمصلحة المدين، فإذا اتفق مع الدائن علي وقوع الفسخ دون حاجة إلي الإعذار فإنه بذلك يكون قد تنازل عن الإعذار بموجب بند في العقد، ومؤدي ذلك عدم اشتراط سبق إعذاره بالوفاء.

ويجب أن يكون الشرط واضحا وصريحا في إعفاء الدائن من إعذاره المدين وفقا لما تقرره المادة ١٥٨ مدني"... وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة علي الإعفاء منه" فإذا كان الشرط واضحا وصريحا في عدم لزوم الإعذار وقع الفسخ بمجرد حلول ميعاد تنفيذ الالتزام دون قيام المدين بهذا التنفيذ، وذلك دون حاجة إلي إعذار، ودون حاجة إلي منح المدين مهلة لتنفيذ التزامه، ودون حاجة إلي رفع دعوى للحكم بالفسخ، والحكم الذي يصدر يكون مقررا للفسخ لا منشئا له". (جمال زكي ص٤٠٩ – السنهوري ص٩٩١)

وقد قضت محكمة النقض بأن "تنص المادة ١٥٨ من القانون المدني علي أنه "يجوز الاتفاق علي أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة علي الإعفاء منه". وكانت عبارة البند السابع من العقد سند الدعوى المؤرخ ١٩٩١/١١/١٨)وبأنه "إذ تأخر الطرف الثاني في سداد أي قسط استحق عليه حل موعد سداد باقي الثمن علي المشتري فورا دون حاجة إلي إعذار أو تنبيه. كما يحق للطرف الأول اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وبدون حكم قضائي ويكون له أيضا الحق في استرداد المحل موضوع التعامل..." فإن البين من هذه العبارة أن الطرفين وإن اتفقا علي أنه إذا تأخر المشتري عن سداد أي قسط

مستحق عليه يحل موعد سداد ما في الأقساط دون حاجة إلي إنذار أو تنبيه. إلا أنهما لم يتفقا صراحة علي إعفاء البائعة من إعذار المشتري بسداد المستحق عليه من الثمن قبل رفع دعوى الفسخ ولا يغير من ذلك اتفاقهما في البند المشار إليه علي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم قضائي ذلك أن الشرط علي هذا النحو لا يعفي من الإعذار قبل رفع دعوى الفسخ إعمالا للمادة ١٥٨ من القانون المدني السالف ذكرها وليس هناك تعارض في هذه الحالة بين إعذار الدائن للمدين وتكليفه بالتنفيذ وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك لأن الإعذار لا يعتبر تنازلا عن المطالبة بفسخ العقد بل هو شرط واجب لرفع الدعوى به، وبالتالي يتعين حصول الإعذار في هذه الحالة-كشرط لإيقاع الفسخ الاتفاقي-وذلك بقصد وضع المدين قانونا في وضع المتأخر في تنفيذ التزامه، ولا ينال من ذلك ما هو مقرر من أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذار للمدين، إذ أن شرط ذلك أن تشتمل صحيفتها علي تكليف الأخير بالوفاء بالتزامه" (الطعن رقم ٤٨٩٩ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/٢/٢٧)، وبأنه "لا علي الحكم إن التفت عما أثاره الطاعن في دفاعه من أن إعمال الأثر الفوري للشرط الفاسخ الصريح الوارد في عقد الإيجار يغني عن التكليف بالوفاء بحسبانه غير منتج وأن الدفاع الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه وإنما هو الدفاع الجوهري المنتج" (الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٠)، وبأنه "لا يغني عن التكليف بالوفاء كشرط لقبول دعوى الإخلاء لهذا السبب-تضمن عقد الإيجار شرطا فاسخا صريحا أو سبق إصدار حكم مستعجل بالطرد للسبب ذاته إذ أن نص المادة المشار إليها وإن لم يصادر حق المتعاقدين في الاتفاق علي الشرط الفاسخ الصريح في عقد الإيجار-إلا أنه أورد عليه قيودا منها ما يتعلق بعدم إعمال الأثر الفوري لهذا الاتفاق وذلك بما أوجبه علي المؤجر من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة خلال خمسة عشر يوما ومنها ما يتعلق بتفادي الأثر المترتب عليه الاتفاق، وذلك بما أثاره المستأجر من توقي الإخلاء بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى، فإذا لم يقم المؤجر بواجبه أو استعمل المستأجر الرخصة المخولة، فإن الشرط الفاسخ الصريح لا يحقق آثاره" (الطعن رقم ١٧٠٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٤/٢/٩)، وبأنه "المادة ٣٣٤ من القانون المدني (قديم) تقتضي أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه

عند عدم دفع الثمن كان علي القاضي إيقاع الفسخ علي المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره بإنذار ما لم يعفي البائع بمقتضي العقد من هذا الإعذار. ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بإنذاره أي يكلفه الوفاء فإذا لم يدفع كان البائع في حل من أعمال خياره في الفسخ وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته في مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخا من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع، فإن ذلك الإنذار واجب قانونا لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح" (الطعن رقم ١٠٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)

- **عدم اشتراط ألفاظ معينة للشرط الفاسخ الصريح** :

لا يشترط القانون في الشرط الفاسخ الصريح أن يكون بألفاظ معينة فيجوز لطرفي العقد استخدام أي لفظ دال علي شرطهما إلا أنه يجب أن يكون هذا الشرط واضح الدلالة والمعاني حتى لا تمتد يد المحكمة في تقدير أسباب الفسخ رهنا لا يصبح للقاضي سوى تكييف الاتفاق .

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان عقد البيع المبرم بين الطرفين قد نص في البند الثاني منه علي أنه "تم هذا البيع نظير ثمن إجمالي قدره ٣٥٠٠٠ جنيه دفع الطرف الثاني للطرف الأول مبلغ ٧٠٠٠ جنيه والباقي قدره ٢٨٠٠٠ جنيه تدفع علي أقساط شهرية كل قسط قيمته ٦٠ جنيه حتى تمام السداد، وإذا تأخر عن سداد ثلاثة أقساط متتالية يحق للطرف الأول فسخ هذا التعاقد واسترداد الشقة موضوع البيع وذلك بدون إنذار أو حكم من المحكمة" وكانت هذه العبارة صريحة وواضحة الدلالة علي اتفاق المتعاقدين علي الشرط الفاسخ الصريح متى تأخر المشتري في الوفاء بثلاثة أقساط متتالية من الثمن بغير حاجة إلي الإعذار أو استصدار حكم بالفسخ فيقع فور إبداء البائع رغبته فيه وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتبر ذلك الشرط مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمني فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وإذ رفض طلب الفسخ تأسيسا علي أن الطاعن أقر في صحيفة الدعوى بقبض مبلغ ٣٣٨٠٠ جنيها من الثمن البالغ مقداره ٣٥٠٠٠ جنيه وأن المبلغ الباقي من الثمن في ذمة المطعون ضده وهو مبلغ ١٢٠٠ جنيه قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته رغم أن صحيفة الدعوى قد خلت من ذلك الإقرار الذي

نسبه الحكم إلي الطاعن بل أنه تمسك فيها كما تمسك طوال مراحل النزاع بأن المطعون ضده لم يدفع سوى مقدم الثمن ومقداره ٧٠٠٠ جنيه ولم يسدد باقي الثمن ومقداره ٢٨٠٠٠ جنيه فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف الثابت في الأوراق وقد حجبه خطأه بشقيه عن بحث توافر موجبات إعمال الشرط الفاسخ الصريح" (الطعن رقم ١١١٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/١/١٢)، وبأنه "النص في المادة ١٥٨ من القانون المدني علي أنه "يجوز الاتفاق علي أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة علي الإعفاء منه" يدل علي أن اتفاق الطرفين في العقد علي اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه بحكم الاتفاق بغير حاجة للتقاضي بمجرد حصول المخالفة الموجبة له ودون أن يكون للعاقد ولا للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ يعتبر شرطا فاسخا صريحا طالما كانت عباراته واضحة وصريحة في الدلالة علي هذا المعنى أيا كانت الألفاظ أو العبارات التي تخيرها المتعاقدان للتعبير عن هذا الشرط" (الطعن رقم ١١١٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/١/١٢)، وبأنه "تمسك الطاعنة بأن عبارة الشرط الفاسخ الواردة بعقد لا تدل علي اتجاه إرادتها إلي قبول الفسخ الاتفاقي وبأن المطعون ضده لم يعذرها بالفسخ رغم أن الشرط لم يعفه منه وبتنازله عن حقه في طلب الفسخ بالسماح لها بإدخال المياه والكهرباء وتعسفه في استعمال حقه بحرمانها من إدخال هاتف بالعين المؤجرة لها. إطراح الحكم المطعون فيه هذا الدفاع وقضاؤه باعتبار العقد مفسوخا استنادا إلي مخالفة الطاعنة شرطا فاسخا يسلب المحكمة كل سلطتها التقديرية. خطأ وقصور" (الطعن رقم ١٥٠٣ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٩/١٨)، وبأنه "ذلك أن القانون لا يشترط ألفاظ معينة للشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ وكل ما يلزم فيه أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة علي وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، فالاتفاق علي أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه–وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة–أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه. ولما كانت محكمة الاستئناف قد التزمت هذا النظر وخلصت من عبارات البند الثالث من عقد البيع السالف الذكر

بأن "يعتبر هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه بدون تنبيه أو إنذار" أن نية المتعاقدين قد اتجهت عند تحرير العقد علي اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد ميعاد التنفيذ وعدم قيام الطاعنين بالوفاء بباقي الثمن دون حاجة إلي إنذار أو حكم بالفسخ، وأن الحكم في هذه الحالة يعتبر مقررا للفسخ لا منشئا له، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه لم يشبه أي تناقض لأن إحالته علي أسباب الحكم الابتدائي مقصود بها الإحالة علي ما لا يتناقض مع أسبابه الخاصة، وقد أيد الحكم الابتدائي القاضي بفسخ عقد البيع فلم يسوئ مركز الطاعنين باستئنافهم، وكان تصريح محكمة الموضوع بإيداع باقي الثمن خزانة المحكمة لا يعتبر فصلا في الخصومة مما تستفيد به المحكمة ولايتها، ويحوز حجية الأمر المقضي، لما كان ما تقدم فإن هذا النعي يكون علي غير أساس" (طعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١١/١٨)، وبأنه "لا يشترط القانون ألفاظ معينة للشرط الفاسخ الصريح وعلي ذلك فإن النص في الاتفاق علي ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلي تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص علي الفسخ بلفظه. فإذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من عبارات العقد أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحريره إلي اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه عند إخلال الطاعنين (البائعين) بالتزامها وبينت هذا الاستخلاص علي ما ورد في العقد من عبارات فسرتها بأنها تفيد الاتفاق علي أنه في حالة تخلفهما عن الوفاء بالتزامهما يصبحان ملتزمين برد ما قبضاه من ثمن المبيع الذي تخلفا عن تسليمه وذلك بدون أي منازعة وبلا حاجة إلي تنبيه أو إنذار وهو أثر لا يترتب إلا علي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه—وكان لا سبيل لمحكمة النقض علي محكمة الموضوع في هذا التفسير مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذت به فإن تكييف الشرط علي مقتضي هذا التفسير بأنه شرط صريح فاسخ يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير كفاية أسباب الفسخ—هذا التكييف لا مخالفة فيه للقانون" (طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨)، وبأنه "إن حصول التفاسخ من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها. فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاسخ من عبارات واردة في أوراق الدعوى مؤدية إليه فلا سبيل عليها لمحكمة النقض" (طعن رقم ٣٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/٤/١٥)، وبأنه "القانون لم يشترط ألفاظ معينة للشرط الفاسخ في معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدني. وعلي

ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد علي أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفي المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه، ونصا علي أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلي الشرط الفاسخ الصريح، أي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه، فإنه لا يكون قد نسخ مدلول نص العقد، لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها" (طعن رقم ١٠٦ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٣)، وبأنه "إذا لم يقم أحد العاقدين بالتزامه كان للآخر ألا يوفي بالتزامه من غير حاجة إلي تنبيه رسمي أو إلي حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما في العقد مقابل التزام الآخر. فإذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص علي أن المدين تعهد بأن يسدد إلي البنك مطلوبة علي أقساط، وبأن يقدم له عقارا بصفة رهن تأمينا للسداد، وعلي أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات القعارية عدم وجود أي حق عيني مقدم عليه، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط المدين متوقف علي قيام المدين بتقديم التأمين العقاري، بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها في العقد كان البنك في حل من قبول التقسيط، وتعرفت نية المدين في عدم تقديم التأمين من خطاب صادر منه، وبناء علي ذلك قضت بعدم ارتباط البنك في التقسيط وبأحقيته في الاستمرار في التنفيذ بدينه علي المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزما بتكليف المدين رسميا بالوفاء، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون في شئ" (طعن رقم ٤٣ لسنة ٩ق جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١)

- **التنازل عن الشرط الفاسخ الصريح** :

الاتفاق علي الشرط الفاسخ الصريح لا يتعلق بالنظام العام. ومن ثم يجوز للدائن التنازل عنه وهذا التنازل كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا والتنازل الضمني يستخلصه القاضي من وقائع الدعوى دون تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض طالما جاء قضاؤه مبنيا علي أسباب سائغة. وكل ما يفوضه القانون علي قاضي الموضوع في هذا الخصوص هو ألا يقول بالنزول الصحة إلا إذا ثبت له تواجد علي نحو يقيني قاطع، وأنه عند الشك يتحتم عليه القضاء بعدم وجوده، وذلك إعمالا للقاعدة الأساسية التي تقضي بأن النزول عن الحكم لا يفترض ولا يتوسع في تسفير

ما يؤدي إليه، فلا يثبت التنازل الضمني بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه. فإذا اتفق علي الشرط الفاسخ الصريح في العقد عند التأخير في سداد باقي الثمن في تاريخ معين، ثم قبل الدائن الوفاء بعد انقضاء هذا التاريخ، أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح فإنه يكون متنازلا عن الشرط . (عبد الفتاح عبد الباقي ص٦٣٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذ كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهما الأولين قد قبلا بعد صدور الحكم الابتدائي وفاء الطاعن لباقي الثمن في ١٩٩٠/١/١٣ نيابة عن المطعون ضده الثالث دون تحفظ وتمسك الطاعن بأن قبول الجهة الإدارية لذلك الوفاء مسقط لحقها في طلب الفسخ فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء الحكم الابتدائي للمطعون ضدهما الأولين بفسخ البيع وبطلان التنازل علي سند من أن قيام الطاعن بسداد باقي الثمن للجهة الإدارية المالكة لا يغير ما انتهي إليه لتحقق الشرط الصريح الفاسخ وزوال البيع بأثر رجعي فإنه يكون قد خالف القانون في تطبيقه" (الطعن رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/٧/٥)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ الصريح وإن كان يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعماله ذلك أن للقاضي-عند التحقق من قيامه-مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله فإذا تبين له أن الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ صراحة أو ضمنا وجب عليه أن يتجاوز عن هذا الشرط. لما كان ذلك وكان الطاعن قد تمسك بمذكرته المقدمة بجلسة ١٩٩٤/١٠/٢٦ أمام محكمة الموضوع بأن الهيئة المطعون ضدها تنازلت ضمنا عن الشرط الصريح الفاسخ بطلبها في الإنذارين المعلنين له في ١٩٩٣/١/٢١، ١٩٩٣/٧/٧ وفي المحضر ١٤٣٩ لسنة ١٩٩٣ إداري المناخ إعادة الحال إلي ما كان عليه دون التمسك بالشرط الفاسخ الصريح فإنها بذلك اختارت تنفيذ العقد دون فسخه، وقد طلب ندب خبير لتحديد قيمة أقساط ثمن الوحدة السكنية محل النزاع لتوقي الفسخ، وكان الحكم المطعون فيه الذي أيد الحكم الابتدائي قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد بالعقد دون أن يعرض للظروف أو الاعتبارات التي ساقها الطاعن الفاسخ الوارد بالعقد دون أن يعرض للظروف أو الاعتبارات التي ساقها الطاعن علي النحو المتقدم للتدليل علي نزول الهيئة-المطعون ضدها-عن التمسك

بالشرط الفاسخ الصريح رغم أنه دفاع جوهري–قد يتغير به وجه الر أي في الدعوى فإنه يكون قد خالف القانون وشابه قصور في التسبيب بما يوجب نقضه" (الطعن رقم ٢٣٧٢ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٤)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته إن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع قد أسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط بعد ذلك لا يكون مقبولا، ولا يبقي له–عند التأخير في سداد ما تبقي من أقساط الثمن–سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني، وفي هذه الحالة يكون أمر الفسخ خاضعا لتقدير محكمة الموضوع ويشترط للقضاء به أن يظل المشتري متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم في الدعوى" (الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢)، وبأنه "دفاع الطاعن بأن المطعون عليها لا تتمسك بفسخ العقد وإنما تبغي تنفيذه بموافقتها له علي زيادة فترة التقسيط–قضاء الحكم المطعون عليه بالفسخ علي قاله تحقق الشرط الفاسخ دون الرد علي دفاعه هذا قصور" (الطعن رقم ٤٩٤٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠)، وبأنه "الاتفاق علي الشرط الصريح الفاسخ في عقد البيع عند التأخير في الوفاء بباقي الثمن–قبول البائع للوفاء المتأخر–اعتباره تنازلا منه عن أعمال هذا الشرط–تمسكه بالشرط من بعد–غير مقبول–اقتصار حقه عن التمسك بالفسخ القضائي" (الطعن رقم ٥٥٨٦ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٥/١١/٣٠)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النزول عن الحق المسقط له كما يكون بالقول يكون بأي عمل أو إجراء دال بذاته علي ترك الحق دلالة لا تحتمل الشك" (الطعن رقم ٢٣١١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٦/٢٢)، وبأنه "إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى ينفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن أعماله وتحقيق الشرط الموجب لسريانه فإن كان الفسخ مرتبطا بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع قد سقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في

مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد منبئا بذلك عن تنازله عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ فلا يكون له عند تأخير السداد في المستقبل إلا المطالبة بالفسخ القضائي" (الطعن رقم ٤٧٨ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٩)، وبأنه "إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن أعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير في سداد باقي الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع اسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد باقي الثمن في موعده بقبول السداد بعد هذا الموعد منبئا بذلك عن تنازله عن أعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا" (الطعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٦/٣)، وبأنه "متى استخلص الحكم بأسباب سائغة تنازل الطاعنة (البائعة) عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بلائحة بيع أملاك الميري، فإن مجادلة الطاعنة في ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضي الموضوع، وإذ كان الحكم قد استبعد الشرط الصريح الفاسخ، ولم يعد قائما أمامه سوى الشرط الفاسخ الضمني، وهو لا يسلب سلطة محكمة الموضوع في تقدير حصول الفسخ من عدمه، وكان المطعون عليه (المشتري) قد أوفي بالتزاماته قبل الفصل نهائيا في الدعوى، فإن النعي علي الحكم بالفساد في الاستدلال ومخالفة القانون والقصور في التسبيب، يكون علي غير أساس" (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/١٢/١٦)

- **وإذا قبل الدائن بعد صدور الحكم لصالحه وفاء المدين له أعد هذا القبول تنازلا عن الفسخ الاتفاقي** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "وحيث إن هذا النعي غير مقبول ذلك أن المقرر– في قضاء هذه المحكمة–أنه إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته أن يثبت قيامه وعدم العدول عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له وتبين أن البائع أسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في مواعيدها بقبوله السداد بعد تلك المواعيد أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا، لما

كان ذلك وكان الحكم الابتدائي المؤيد بالحكم المطعون فيه قد انتهي إلي رفض طلب الفسخ الاتفاقي علي سند مما استظهره من تنازل الطاعن عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ لقبوله السداد بعد رفع الدعوى وهي دعامة صحيحة كافية لحمل قضائه، ولم تتضمن صحيفة الطعن نعيا عليها. ومن ثم فإن النعي علي الحكم المطعون فيه فيما أورده من أن الإعذار السابق علي رفع الدعوى بسداد الأقساط المتأخرة يعد تنازلا عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ-أيا كان وجه الرأي فيه-يكون غير منتج" (الطعن رقم ٣٣٦٦ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٤/٥/٢٥)، وبأنه "إذا كان الثابت من الأوراق أن المطعون ضدهما الأولين قد قبلا بعد صدور الحكم الابتدائي وفاء الطاعن لباقي الثمن في ١٩٩٠/١/١٣ نيابة عن المطعون ضده الثالث دون تحفظ وتمسك الطاعن بأن قبول الجهة الإدارية لذلك الوفاء مسقط لحقها في طلب الفسخ فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد قضاء الحكم الابتدائي المطعون ضدهما الأولين بفسخ البيع وبطلان التنازل علي سند من أن قيام الطاعن بسداد باقي الثمن للجهة الإدارية المالكة لا يغير ما انتهي إليه لتحقق الشرط الصريح الفاسخ وزوال البيع بأثر رجعي فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ٤٦٠٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٩/٧/٥)، وبأنه "إذ كان البين من الأوراق أن الطاعنين تمسكوا أمام محكمة الاستئناف بنزول المطعون ضده عن الشرط الصريح الفاسخ مستندين في ذلك إلي قبوله سداد الأقساط بعد ميعاد استحقاقها ودللوا علي ذلك بإقرار المطعون ضده في مذكرته المقدمة في ١٩٩٣/٥/٢٧ باستلامه قيمة الشيك المؤرخ ١٩٩١/٦/٣٠ وبما ثبت بمحاضر جلسات ١٩٩٢/١١/٢٢، ١٩٩٣/٤/٧، ١٩٩٣/١/٢٠ في القضايا أرقام ٨٢٦١ لسنة ١٩٩١ جنح المحلة، ٢٥٥٧ لسنة ١٩٩٢ جنح مستأنف المحلة، ٨٩٤٢ لسنة ١٩٩٢ جنح المحلة من تسلم المطعون ضده لقيمة الشيكات الثلاثة استحقاق ٨/١٣/، ٩/٣٠ علي الترتيب والتعاقب إلا أن الحكم المطعون فيه رفض هذا الدفاع علي سند من القول أن "المحكمة تستخلص من المستندات التي قدمها المستأنفون-الطاعنون-وهي صور محاضر الجنح سالفة الإشارة إليها أن المستأنف ضده-لم يتنازل عن الشرط الصريح الفاسخ ودليل ذلك أنه استلم قيمة الشيكات أمام محكمة جنح مع تمسكه بالدعاوى المدنية في هذا الشأن فضلا عن أن سداد قيمة هذه الشيكات

أمام محكمة الجنح كانت معاصرة لتداول الدعوى المستأنف حكمها ولم يبد المستأنف ضده–المطعون ضده–أي مظهر من مظاهر هذا التنازل أمام محكمة أول درجة مصدرة الحكم المستأنف ومن ثم فإن المحكمة تستخلص مما تقدم أن المستأنف ضده لم يتنازل صراحة أو ضمنا عن الشرط الصريح الفاسخ" في حين أن الثابت من الأوراق أن تاريخ سداد قيمة الشيكات المتبقية للمطعون ضده كان لاحقا علي تاريخ صدور الحكم المستأنف وأن تمسك المطعون ضده أمام المحكمة الجنائية بالدعاوى الجنائية دون دعوى الفسخ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه معيبا بمخالفة الثابت بالأوراق والفساد في الاستدلال الذي ساقه إلي الخطأ في تطبيق القانون" (طعن رقم ٩٣١٢ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/١٢/١٠).

- **والشرط مقرر لمصلحة الدائن، فيكون له أن يختار بين طلب التنفيذ وطلب الفسخ** :

فالشرط لا يسلب الدائن حقه في طلب التنفيذ وإلا أصبح تحت رحمة المدين فإن شاء امتنع عن التنفيذ فيصبح العقد مفسوخا، فالفسخ لا يقع إلا إذا تمسك به الدائن . (السنهوري ص٩٩٢–إسماعيل غانم ص٣٣٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان العقد مشروطا فيه أنه إذا خالف المستأجر أي شرط من شروطه فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخا بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلي تنبيه رسمي أو تكليف بالوفاء وله الحق في تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضي الأمور المستعجلة فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يبقي له في اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها ولا يؤثر في مدلول هذا الشرط وأثره القانوني أن يكون التمسك به من حق المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره علي طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود لأن التنازل الضمني عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل عنه. وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل علي ذلك إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ علي التأخر في دفعها" (مجموعة القواعد القانونية بند ١٣٠ ص٨٥٣ جلسة ١٩٤٥/١/١٨)

- **والشرط الفاسخ ينتج أثره بمجرد توافر شروطه دون الحاجة لإقامة دعوى** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان الطرفان قد اتفقا في عقد البيع علي أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلي تنبيه رسمي أو غير رسمي فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بالمادة ٣٣٤ مدني ولا يلزم إذن أن يصدر حكم بالفسخ مستقل بناء علي دعوى من البائع بل يجوز للمحكمة أن تقرر بأنه حصل بالفعل بناء علي دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري" (مجموعة القواعد القانونية بند ١٢٨ ص٨٥٢ جلسة ١٩٤٣/٥/١٣)، وبأنه "جرى قضاء هذه المحكمة علي أن الاتفاق علي أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه بالحكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط، دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ. وإذ كان عقد الإيجار الأصلي قد تضمن في بنده السادس أنه "إذا تأخر المستأجر عن سداد أي قسط في موعده، تستحق باقي الأقساط فورا، ويصبح العقد مفسوخا بقوة القانون وبدون حاجة إلي تنبيه أو إنذار، ويحق للمؤجر أن يتسلم العين المؤجرة دون حاجة إلي رفع دعوى بالفسخ وكان الثابت أن المطعون ضده الأول–المستأجر الأصلي–لم يقم بتنفيذ التزامه بدفع الأجرة منذ وقع الحريق بالعين المؤجرة... فإن الشرط المنصوص عليه في البند السادس من العقد يكون قد تحقق، ويكون عقد الإيجار الأصلي قد انفسخ دون حاجة إلي رفع دعوى بالفسخ، وبالتالي يكون الحكم المطعون فيه إذ قضي علي الشركة الطاعنة–المؤجرة للمطعون ضده الأول في الدعوى الأصلية بتمكينه من العين المؤجرة وقضي عليها للمطعون ضده الثاني– المستأجر من الباطن– بالتعويض في الدعوى الفرعية ، قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعون أرقام ٦٠١، ٦١٣، ٦١٤ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/٣/١٢)

- **التعسف في طلب الفسخ الاتفاقي** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الثابت أن الطاعن قد تمسك بتعسف المطعون ضده بإصراره علي إعمال الشرط الفاسخ لمجرد تأخره في الوفاء بالأجرة لمدة ثلاثة أشهر، بمبادرة بسداد الأجرة إثر رفع الدعوى، وأن مدة الإجارة المتفق عليها ستون عاما والأجرة الشهرية مائة وخمسون جنيها وتقاضي منه المؤجر مبلغ ثلاثة عشر ألف جنيه كمقدم أجرة يخصم منها النصف شهريا وأنفق علي إعداد العين للسكنى خمسة عشر ألف جنيه أخرى، ومن ثم فإن الأضرار التي تصيبه من فسخ العقد لا تتناسب البتة مع ما قد يحققه المطعون ضده من مصلحة، فاكتفي الحكم المطعون فيه بالقول أنه لا سند له من الواقع أو القانون وأحال إلي الحكم الابتدائي الذي قال إن الشرط الفاسخ يسلب سلطة القضاء دون أن يتحقق مما إذا كان المطعون ضده متعسفا في طلب إعمال الشرط الفاسخ الصريح، وأن فسخ العقد فيه إرهاق للطاعن، فإن الحكم يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٢٨٠٣ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٠)

- **ليس للقاضي سلطة تقديرية في الفسخ** :

لئن كان مؤدي نص ١٥٨ من القانون المدني أن الاتفاق علي أن يعتبر العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط فتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله ذلك، أن القاضي الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط علي عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله" (الطعن رقم ١٢٣١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بالدفاع الوارد بسبب النعي وكان البين من مطالعة البند السابع من عقد البيع موضوع التداعي أنه "إذا تأخر الطرف الثاني–الطاعن–في سداد قسطين متتالين من أقساط الثمن المتفق عليها يحل باقي الثمن جميعه ويحق للطرف الأول–المطعون عليها–أن تعتبر هذا العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو إنذار..." وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه علي سند من تكييفه هذا الشرط

بأنه شرط فاسخ صريح يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير كفاية أسباب الفسخ ومن منطلق هذا التكييف وعلي أساسه اعتبر العقد مفسوخا وجوبا علي قاله تحققه دون أن يعرض لما تمسك به الطاعن من دفاع في هذا الخصوص ولم يتناوله ليناقشه ويرد عليه ومن غير أن يعني بحثه وتمحيصه رغم أن من شأنه–إن صح–أن يتغير به وجه الر أي في الدعوى فإنه يكون معيبا" (الطعن رقم ٤٩٤٧ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠)، وبأنه "تضمين عقد البيع شرطا صريحا فاسخا عند عدم استصدار البائع بصفته قيما علي المالكة إذنا بهذا البيع من المحكمة الحسبية–تقديم الطاعن (المشتري) صورة رسمية من الإذن إلي محكمة أول درجة–رفض الأخيرة طلب فسخ عقد البيع–استئناف المطعون ضدهم (المشتري الثاني) هذا الحكم–أثره–التزام محكمة الاستئناف بالفصل في دفاع الطاعن المتمثل في صدور الإذن بالبيع–قضاؤها بالفسخ بغير بحث ولا رد يشهد بالتفاتها إلي هذا الدفاع الجوهري ووزنها إياه–قصور" (الطعن رقم ٤٩ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٨/٣/١٢)، وبأنه "المقرر–في قضاء هذه المحكمة–أنه وإن كان الاتفاق علي أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي من كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعماله، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط علي عبارة العقد، ويترتب علي ذلك أنه متى كان مبني الفسخ التأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له، فإنه يتعين علي القاضي التحقق من قيام هذا الشرط ومن بين ذلك التثبيت من اتفق العاقدين علي قيمة كل قسط وما حل أجل سداده" (الطعن رقم ٤٧٩١ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢٣)، وبأنه "متى كانت المحكمة قد انتهت إلي وجود شرط فاسخ صريح فإنها تكون–وعلي ما جرى به قضاء محكمة النقض–قد سلبت نفسها كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ولا يبقي لها للحكم باعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن تتحقق من حصول المخالفة الموجبة له. وإذا تحققت المحكمة في ضوء الوقائع السابقة علي رفع الدعوى من أن المدين لم ينفذ التزامه وحكمت بالفسخ دون أن تعطي المشتري مهلة أثناء نظر الدعوى بالوفاء بالتزاماته أو تمنح أجلا للطرفين لتتبين مدى استعداد كل منهما للوفاء

بالتزاماته فإنها تكون قد التزمت صحيح القانون" (الطعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١)، وبأنه "مؤدي نص المادة ٣٣٤ من القانون المدني القديم أنه إذا اتفق الطرفان في عقد البيع علي أن الفسخ يقع في حالة تأخر المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلي تنبيه رسمي أو إنذار، فإن هذا الشرط الفاسخ الصريح–علي ما جرى به قضاء محكمة النقض–يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية في هذا الصدد بحيث لا يبقي لاعتبار العقد مفسوخا إلا أن تتحقق فعلا المخالفة التي يترتب عليها الفسخ، فلا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء علي دعوى من البائع، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ قد حصل بالفعل بناء علي دفع من البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري. وذلك علي خلاف ما إذا كان العقد لا يتضمن إلا شرطا فاسخا ضمنيا، فهذا الشرط لا يستوجب الفسخ حتما وبالتالي فإن الفسخ بموجبه لا يقع تلقائيا" (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٠/١٨)، وبأنه "وإن كان الاتفاق علي أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي، ووجوب أعماله، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط علي عبارة العقد كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله فإن تبين له أن الدائن قد أسقط حقه في طلب الفسخ بقبوله للوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء علي الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه وجب عليه أن يتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي، ولا يبقي للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة ١٥٧ من القانون المدني، وإذ كان الطاعن قد تمسك بنزول المطعون ضدهن عن الشرط الصريح الفاسخ مستندا إلي تنبيههن عليه بالإنذار المعلن إليه في ١٩٦٧/٧/١٨ بالوفاء بباقي الثمن رغم فوات مواعيد استحقاقه، وإلا اعتبرن العقد لاغيا، ودون التمسك في الإنذار بالشرط الفاسخ الصريح الوارد في العقد والتي تراخيهن في رفع دعوى الفسخ مدة طويلة بعد الإنذار المعلن للطاعن في ١٩٦٧/٧/١ وحتى ١٩٦٩/٨/٢٧ تاريخ رفع الدعوى وكان الحكم المطعون فيه، الذي أيد الحكم

الابتدائي لأسبابه قد أعمل أثر الشرط الصريح الفاسخ الوارد في العقد، دون أن يعرض للظروف والاعتبارات التي ساقها الطاعن علي النحو المتقدم للتدليل علي نزول المطعون ضدهن عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح، وهو دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإنه يكون مشوبا بالقصور" (الطعن رقم ٢٧٣ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٥/٤/٩)، وبأنه "طلب المطعون ضدها الأولي رفض الدعوى تأسيسا علي أن عقد التنازل الصادر منها إلي الطاعن قد انفسخ إعمالا للشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه بينهما لا يعتبر منها-بوصفها مدعى عليها-طلبا عارضا بل هو دفع موضوعي يدخل في نطاق المناضلة في الدعوى، لأن فسخ العقد بحكم الشرط الفاسخ الصريح يقع حتما بمجرد إخلال المدين بالالتزام الذي يترتب عليه الفسخ، ولا يقتضي رفع دعوى لطلبه أو صدور حكم به، ويكفي أن يتمسك به الدائن في مواجهة المدين وللمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء علي دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري" (الطعن رقم ١٤٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)، وبأنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشرط الفاسخ الصريح يسلب القاضي سلطته التقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعماله، إذ للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشروط علي عبارة العقد، كما له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله" (الطعنان رقما ٢٠٦٩ لسنة ٥٧ق، ٢٣٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩١/٢/٢٧)، وبأنه "لئن كان مؤدي نص المادة ١٥٨ من القانون المدني أن الاتفاق علي أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في حدود الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعماله، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط علي عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله" (الطعن رقم ١٢٣١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠)، وبأنه "لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى في شقها المتعلق بتحقق هذا الشرط-الشرط الفاسخ الصريح-علي القول بأن "تأسيسه دعواه علي سند من أن المستأنف عليهما-المطعون ضدهما-قد تأخرا في سداد الإيجار

وقدره..... بواقع..... شهريا عن المدة من ... إلي... فمردود بأن المستأجرين قد عرضا عليه أمام محكمة أول درجة... هذا المبلغ بما يبرئ ذمتهما ولكنه تقاعس عن استلام المبلغ ورفض قبوله دون مبرر ومن ثم فإن هذا السبب يكون علي غير أساس" فإنه يكون قد اعتبر مجرد عرض الأجرة بعد انقضاء ميعادها المحدد في العقد موجبا لرفض الدعوى مع أن الفسخ متى وقع بمقتضي شرط العقد فإن عرض الأجرة وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه وبما يدل علي أن الحكم لم يتفهم شرط العقد وصرفه ذلك عن أعمال مقتضي هذا الشرط علي وجهه الصحيح وهو ما يشوبه فضلا عن الخطأ في تطبيق القانون بالقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/١/٢٧)، وبأنه "الشرط الوارد في عقد الإيجار بأن التأخر في الوفاء بالأجرة في موعدها المحدد يؤدي إلي اعتبار العقد مفسوخا بحكم القانون، هذا الشرط لا يمنع المستأجر من المنازعة في تحققه ومن حق المحكمة أن تمحص دفاعه لتتحقق مما إذا كانت المخالفة الموجبة للفسخ قد وقعت فتقضي بموجبه أم غير ذلك. وإذن فمتى كانت المحكمة قد قررت أن الفسخ المنصوص في العقد علي وقوعه بمجرد حصول مخالفة لشروطه يحتاج إلي حكم يقرر وقوع المخالفة ويثبت مسئولية المتعاقد عنها، وكان تقرير المحكمة في هذا الخصوص مقصورا علي النزاع الخاص بتحقق الشرط الفاسخ فإنها لا تكون في تقريرها المشار إليه قد خالفت القانون" (مجموعة القواعد القانونية بند٨٥٣ جلسة ١٩٥٢/٢/٢٦)

كما قضت محكمة النقض بأن "لا يجوز اعتبار العقد مفسوخا إعمالا للشرط الفاسخ الصريح الوارد به إلا إذا ثبت للقاضي حصول المخالفة التي يترتب عليها الانفساخ، ولما كانت الدعوى قد رفعت للحكم بانفساخ عقدين مختلفين استنادا إلي تحقق الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه في كل منهما، فإنه لا يصح الحكم بانفساخ العقدين إلا إذا تحقق الشرط بالنسبة لكل منهما ولا يكفي تحققه في أحد العقدين للحكم بانفساخ العقد الآخر، وإنما يقتصر الانفساخ في هذه الحالة علي العقد الذي تحقق فيه الشرط، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بتحقق الشرط الفاسخ الصريح المنصوص عليه في كل من عقدي البيع الصادرين من المطعون عليهم للطاعن علي أن المبالغ المسددة من الطاعن (المشتري) ومقدارها

٨٠٥٠ جنيها (بخلاف مقدم الثمن) لا تفي بقيمة الأقساط الباقية في ذمته بمقتضي العقدين ومجموعها ١٤٣٧٠ جنيها، دون بحث للمبالغ المسددة من الثمن المتفق عليه في كل عقد علي حدة والتعرف علي ما إذا كانت هذه المبالغ تكفي للوفاء بهذا الباقي، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٧٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٩/٥/١٧)، وبأنه "المقرر في قضاء محكمة النقض–أن الاتفاق علي أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقي بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به، فإذا لجأ الدائن إلي القضاء فإن حكمه يكون مقررا للفسخ ولا يملك معه القاضي إمهال المدين لتنفيذ التزامه ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بسداد المستحق عليه بعد إقامة دعوى الفسخ إذ ليس من شأن هذا السداد أن يعيد العقد بعد انفساخه إلا أنه يتعين أن تكون صيغة هذا الاتفاق صريحة الدلالة علي وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلي تنبيه أو إنذار، لما كان ذلك وكانت قاعدة الفسخ المتقدمة والواردة في المادتين ١٥٧، ١٥٨ من القانون المدني غير آمره تسري علي العقود الملزمة للجانبين ومنها عقود الإيجار التي تخضع لأحكام القانون المدني ويخرج عن نطاق تطبيقها قوانين الإيجارات الاستثنائية" (طعن رقم ٣٢٩٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/٥/١٣)، وبأنه "لئن كان الاتفاق علي أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو إنذار عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب إعماله، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط علي عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله، فإن تبين له أن الدائن قد أسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد أو كان الدائن هو الذي تسبب بخطئه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعا بناء علي الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه، تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقي فلا يبقي للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا المادة

١٥٧ من القانون المدني" (الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦)، وبأنه "الاتفاق علي أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط بغير حاجة لرفع دعوى الفسخ ولا يملك القاضي في هذه الحالة سلطة تقديرية يستطيع معها إمهال المشتري المتخلف عن أداء الثمن ولا يستطيع المشتري أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه" (الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٦/٢٨)، وبأنه "الاتفاق علي أن يكون عقد البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو إنذار عند تخلف المشتري عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه–وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه" (الطعن رقم ٣٨٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/١١/١٨) وبأنه"المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى كان المتعاقدين قد اتفقا في عقد البيع علي أن يكون مفسوخا في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بنص المادة ١٥٨ من القانون المدني ولا يلزم أن يصدر حكم بالفسخ كما لا ينال من أعمال أثره أن يكون لصاحبه الخيار بينه وبين التنفيذ العيني إذ يبقي له دائما الخيار بين أعمال أثره وبين المطالبة بهذا التنفيذ" (الطعن رقم ٢٢٥٩ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/٥/١١)، وبأنه "الشرط الفاسخ الصريح–وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة–يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية في هذا الصدد بحيث لا يبقي لاعتبار العقد مفسوخا إلا أن يتحقق فعلا السبب الذي يترتب عليه الفسخ، قد حصل لاعتبار العقد مفسوخا إلا أن يتحقق فعلا السبب الذي يترتب عليه الفسخ، قد حصل بالفعل بناء علي دفع من أحد طرفي العقد أثناء نظر الدعوى المرفوعة من الطرف الآخر وكان الطاعن لا يجادل في أن القرار الجمهوري بتعيينه–والذي نص في عقد العمل علي أن يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه إذا لم يصدر هذا القرار–لم يصدر كما أنه لم ينسب إلي الشركة المطعون ضدها أنها لم تتخذ إجراءات طلب استصداره فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص إلي أنه وقد فسخ العقد المبرم بين الطاعن والمطعون

ضدها فليس ثمة مجال لأعمال القاعدة المنصوص عليها في المادة ٥٧ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩، يكون قد طبق القانون تطيقا صحيحا" (الطعن رقم ٦٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/٢/١٨)، وبأنه "ثبوت واقعة النزول عن الايجارة دون إذن يحتم علي المحكمة أن تقضي بفسخ الإيجار وإخلاء المكان دون أن يكون لها سلطة تقديرية لأن حق المؤجر في الإخلاء ينشأ بمجرد وقوع المخالفة، فالحكم بالفسخ هنا مطلق تقع نتيجته بمجرد قيام سببه" (الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨)، وبأنه "إذا كان مفاد نص المادة ١٥٨ من القانون المدني أنه إذا اتفق الطرفان علي أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ الاتفاقي ووجوب أعماله، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبيت من انطباق الشرط علي عبارة العقد، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون أعماله" (الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٤/٩)

- **الشرط الجزائي باعتباره تعويضا اتفاقيا لا يستحق إلا إذا ثبت وقوع خطأ من المدين ولا يغني عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدرا في العقد لأن هذا التقدير ليس هو السبب في استحقاق التعويض** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر –في قضاء هذه المحكمة– أن الشرط الجزائي باعتباره تعويضا اتفاقيا لا يستحق إلا إذا ثبت وقوع خطأ من المدين، ولا يغني عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدرا في العقد لأن هذا التقدير ليس هو السبب في استحقاق التعويض، وإنما ينشأ الحق فيه من عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه فإذا انتفي الخطأ فلا محل لإعمال الشرط الجزائي وأنه من المقرر أيضا طبقا للمادتين الرابعة والخامسة من القانون المدني –وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة– أن من استعمل حقه استعمالا مشروعا لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر، وأن استعمال الحق يكون غير مشروع إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير، وهو ما لا يتحقق إلا بانتفاء كل مصلحة من استعمال الحق أو إذا كانت المصالح التي يرمي إلي تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب

الغير من ضرر بسببها، وأن حقي التقاضي والدفاع من الحقوق المباحة ولا يسئل من يلج أبواب القضاء تمسكا بحق يدعيه لنفسه أو ذودا عن هذا الحق إلا إذا ثبت انحرافه عن الحق المباح إلي اللدد في الخصومة والعنت، مع وضوح الحق وابتغاء الإضرار بالخصم، وكان عبء إثبات قصد الإضرار يقع علي عاتق المضرور، كما أن وصف محكمة الموضوع للأفعال المؤسس عليها طلب التعويض بأنها خطأ أو نفي هذا الوصف عنها هو من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض. لما كان ذلك، وكان البين من عقد الاتفاقي المؤرخ ١٩٩١/٧/٣١ وسائر الأوراق أن الطاعنين والمطعون ضدهما الأول والأخيرة اتفقوا علي إنهاء حالة الشيوع فيما بينهم في المنزل محل النزاع وذلك بطريق بيعه مع التزام المطعون ضده الأول بإخلائه في غضون ستين يوما من تمام البيع مقابل تعويضه عن هذا الإخلاء تحددت قيمته في العقد، وإزاء عدم اتفاق الأطراف علي ثمن البيع أقام الطاعن الأول الدعوى رقم ٦٥ لسنة ١٩٩٢ مدني محكمة ميت غمر الجزئية بطلب قسمة العقار أو بيعه وإذ تعذرت القسمة عينا وقضي نهائيا البيع بطريق المزاد العلني بتاريخ ١٩٩٥/٢/٢٨ في الاستئناف رقم ١٧١ سنة ١٩٩٤ مستأنف كلي مأمورية ميت غمر، ولما لم يتم البيع حتى ١٩٩٨/٤/٢٦ أقام الطاعنون دعواهم رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٩٨ مدني كلي المنصورة بطلب إخلائه استعمالا لحقهم المشروع في التقاضي ودرءا لما قدم يحيق بهم من مضارة بسبب اضطرارهم لبيع العقار بثمن بخس، وفضلا عن أن المطعون ضده الأول لم ثبت توافر قصد الإضرار به من إقامتهم هذه الدعوى، فإن البين من الأوراق أن فرصة وقوع هذا الضرر تكاد تكون منعدمة، وأنه علي فرض وقوعه فإنه يكون يسيرا لا يتناسب البتة مع الضرر الذي يقع علي الطاعنين في حالة عدم بيع العقار، أو اضطرارهم إلي بيعه بسعر غير مناسب سيما أنه احتفظ لنفسه في عقد الاتفاق بتعويض مقابل الإخلاء إذا تم البيع حدده بمبلغ ١٣٠٠٠ جنيه يزيد بنسبة ١٠٪ من الثمن إذا زاد علي ٧٠٠٠٠ جنيه، وكانت القاعدة الشرعية التي تبناها المشرع في المادتين ٤، ٥ من القانون المدني هي أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف. وقد قضي نهائيا برفض طلب الإخلاء، وكان رفض هذا الطلب لا يدل بمجرده علي إساءة استعمال حق التقاضي ومن ثم فإن الخطأ ينتفي في جانب الطاعنين ولا محل لإعمال الشرط الجزائي الوارد بعقد الاتفاق. وإذ خالف الحكم

المطعون فيه هذا النظر وقضي للمطعون ضده الأول بالتعويض استنادا إلي هذا الشرط فإنه يكون في هذا الخصوص معيبا بالفساد في الاستدلال مما يوجب نقضه" (الطعن رقم ١٥٤٨٧ لسنة ٧٧ق "الدائرة المدنية" جلسة ٢٠٠٨/١٠/٢٦)

إلا أنها قضت في حكم آخر بأن : "متى كان المطعون عليهم قد أقاموا دعواهم الفرعية أمام محكمة الدرجة الأولي بطلب فسخ البيع مع التعويض، وكانت المادة ٢/٢٣٥ من قانون المرافعات-المادة ٤١١ من قانون المرافعات السابق-قد أجازت للخصوم في الاستئناف-مع بقاء الأصلي علي حاله-تغيير سببه والإضافة إليه، فإن استناد المطعون عليهم أمام محكمة الاستئناف في طلب الحكم بالفسخ والتعويض عليهم أمام محكمة الاستئناف في طلب الحكم بالفسخ والتعويض إلي تحقق الشرط الصريح الفاسخ الوارد بالعقد، يعتبر سببا جديدا وليس طلبا جديدا يتغير به موضوع الطلب الأصلي لبقاء هذا الطلب علي حاله حسبما كان مطروحا أمام محكمة الدرجة الأولي" (طعن رقم ٣٧٠ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٢/٢٦)

- **لا يجوز في عقود الإيجار إنفراد أحد المتعاقدين بفسخ العقد** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "فسخ العقد . عدم إمكان انفراد أحد المتعاقدين به دون رضاء المتعاقد الآخر (الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٦/١/٥)، فسخ عقد شراء المؤجر أو زوال سند ملكيته بأثر رجعي لبطلانه. نفاذ عقد الإيجار الصادر منه في حق المالك. شرطه. حسن النية وألا يكون العقد مشوبا بالغش. م٢/٢٦٩ مدني (الطعن رقم ١٣٤٦ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٦/١/٥)، وبأنه "تمسك الطاعنين بسوء نية المطعون ضدهم بتخصيص أعيان النزاع لهم بالتواطؤ مع الشركة المؤجرة إضرارا بهم واستغلالا لنفوذهم رغم علمهم بفرض الحراسة المؤقتة علي العقار محل النزاع وتدليلهم علي ذلك بالقرائن. دفاع جوهري. انتهاء الحكم المطعون فيه إلي أن فسخ عقد شراء الشركة المؤجرة للأعيان محل النزاع لا أثر له علي صحو ونفاذ عقود الإيجار التي أبرمتها في حق الطاعنين الذين عادت إليهم ملكية العقار الكائن به دون بحث هذا الدفاع. قصور وفساد في استدلال" (الطعن رقم ١٣٤٦ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٦/١/٥)، وبأنه "إذا كان الثابت من الأوراق أن الحراسة فرضت علي أموال وممتلكات مورث الطاعنين (ـ) وعائلته بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم ١٨٦ بتاريخ ١٩٦٥/١/٢٥ استنادا إلي المادة الثالثة من قرار

رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض التدابير الخاصة بأمن الدولة لما نسب إليه في الشكوى رقم (-) إداري شئون مالية القاهرة من تهمة تهريب أمواله خارج البلاد وكان من بين هذه الممتلكات العقار الكائن به الوحدات السكنية محل النزاع ولعدم ثبوت الاتهام قررت النيابة العامة حفظ التحقيق في الشكوى إداريا بتاريخ / / وتسلمت الحراسة العامة العقار بتاريخ / / بما فيه من منقولات بموجب محضر استلام وثبت من الكشف المرفق به الطابق الأرضي والطابقين الثالث والرابع من العقار سكن خاص لمورث الطاعنين وعائلته وبه منقولاته والطابق الثاني كان يستأجره (-) وامتد عقد الإيجار إلي زوجته (-) وأن (-) اشترت العقار من الحراسة العامة وتسلمته بتاريخ / / استنادا إلي نص المادة الثانية من الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٥٦ الخاص بوضع نظام لإدارة أموال المعتقلين والمراقبين وغيرهم من الأشخاص والهيئات، وكان الثابت أن كلا من المطعون ضدهما الأول والثاني يشغل منصبا وزاريا وأن كلا منهما تقدم في / / بطلب إلي رئيس مجلس الوزراء لتخصيص شقة له في هذا العقار لسكناه بعد معاينتهما للعقار ومعرفتهما لما به من منقولات تخص مورث الطاعنين–الخاضع للحراسة–وأن رئيس مجلس الوزراء استجاب لطلبهما وأمر بتاريخ / / ، بتخصيص الطابق الثالث من العقار للمطعون ضده الأول والطابق الرابع للمطعون ضده الثاني وتم إخطار الشركة المصرية لإعادة التأمين–إحدى شركات القطاع العام–المشترية للعقار بذلك، كما قام المستشار القانوني لرئيس مجلس الوزراء بإخطار وكيل وزارة الإسكان بذلك بتاريخ / / ، كما تضمن الكتاب المؤرخ / / المرسل إلي الشركة المشتري للعقار بناء علي إخطار المستشار القانوني لرئيس مجلس الوزراء سالف الذكر التنبيه بفصل الدورين الثالث والرابع من العقار واستقلال كل منهما عن الآخر لإمكان تأجيرهما كشقتين منفصلتين ثم قامت الشركة المشترية للعقار بتحرير عقد الإيجار المؤرخ / / للمطعون ضده الأول عن الطابق الثالث وعقد الإيجار المؤرخ / / للمطعون ضده الثاني عن الطابق الرابع علي أن يبدأ سريان كل منهما بتاريخ / / وقامت الحراسة العامة بإخلاء الطابقين من منقولات وأمتعة مورث الطاعنين وتم نقلها إلي مخازن الحراسة العامة بتاريخ / / ثم التصرف فيها بالبيع، كما كان الطابق الثاني من العقار مشغولا بسكنى المستأجر (-) ثم زوجته

(-) من بعده والتي ظلت تنتفع بالعين المؤجرة بعد فرض الحراسة. وفي (-) أبدت رغبتها في التنازل عن الإيجار إلي (-) فأصدرت الإدارة العامة أملاك الحكومة بوزارة الإسكان موافقتها علي هذا التنازل ولكن إلي المطعون ضده الثالث بتاريخ / / وأخطرت الشركة المشترية بذلك فحررت للمطعون ضده الثالث عقد الإيجار المؤرخ / / عن الطابق الثاني من العقار رغم أن رغبة المستأجرة في التنازل ولكن إلي المطعون ضده الثالث بتاريخ / / وأخطرت الشركة المشترية بذلك فحررت للمطعون ضده الثالث عقد الإيجار المؤرخ / / عن الطابق الثاني من العقار رغم رغبة المستأجرة في التنازل عن عقد الإيجار كان متعلقا علي شرط تأجير العين لمن ارتأت هي التنازل له متجاوزة بذلك رغبة المستأجرة، ثم صدر قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٣٦٦ لسنة ١٩٦٥ بتشكيل الوزارة في ١٩٦٦/١٠/١ والمنشور في الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٦٥ وجاء به تعين كل من المطعون ضده الأول وزيرا للعدل والمطعون ضده الثاني وزيرا للإدارة المحلية وكان مفاد ذلك أن قيام الشركة (-) مشترية العقار بتحرير عقدي الإيجار للمطعون ضده الأول والثاني قد تم نفاذا لأمر التخصيص الصادر من رئيس مجلس الوزارة بعد تعيين كل منهما وزيرا، وبتاريخ / / صدر قرار رئيس الجمهورية برفع الحراسة عن أموال وممتلكات مورث الطاعنين ناء علي كتاب رئيس مجلس الوزراء رقم (-) بتاريخ / / كما صدر قرار رئيس الجمهورية بتاريخ / / بفسخ عقد بيع العقار محل النزاع إلي الشركة المصرية لإعادة التأمين ثم أمر رئيس الجمهورية بإعادة الطاعنين إلي مسكنهم بعد استلام العقار والمنقولات ورغم إخطار جهاز الحراسة العامة بذلك بكتاب المستشار القانوني لرئيس مجلس الوزراء رقم ٣٧٩٨ بتاريخ / / وامتنع المطعون ضدهم الثلاثة الأول عن تنفيذه بإخلاء الوحدات المؤجرة لهم رغم استلام الطاعنين للعقار حكميا بتاريخ / / فأعاد الرئيس محمد أنور السادات إصدار أمره سنة ١٩٧٠ بتنفيذ قرار الرئيس الراحل جمال عبد الناصر ولم يتم التنفيذ. لما كان ذلك، وكانت الظروف التي لابست تأجير أعيان النزاع للمطعون ضدهم الثلاثة الأول علي النحو المبسوط آنفا تكشف بجلاء عملهم والشركة المطعون ضدها الرابعة المشترية للعقار أن الحراسة فرضت علي العقار الكائن به الوحدات محل النزاع استنادا إلي المادة الثالثة من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٦٤ بشأن بعض

التدابير الخاصة بأمن الدولة لما نسب لمورث الطاعنين بأنه أتى أفعالا تتعارض مع المصالح القومية للدولة بسبب اتهامه بتهريب أمواله للخارج وأن النيابة العامة قررت حفظ التحقيق إداريا بتاريخ / / قبل صدور أمر رئيس مجلس الوزراء بتخصيص الوحدات إليهم وتحرير عقود الإيجار عنها وكان مقتضي قرار حفظ الشكوى إداريا لصالح مورث الطاعنين هو أن الحراسة الأمنية المؤقتة علي أملاكه مصيرها الحتمي إلي زوال بعد أن زال موجب فرضها وبالتالي إعادة العقار إلي مالكه ليمارس عليه حق الملكية المصون بنصوص القانون والدستور ورغم ذلك وبعد صدور قرار الحفظ من النيابة العامة اتخذت إجراءات شراء (ـ) للعقار محل النزاع بتاريخ / / ثم حررت عقود الإيجار للمطعون ضدهم الثلاثة الأول المؤرخة / / و / / و / / بناء علي أوامر صريحة ملزمة لها تنعدم إدارة الشركة حيالها صادرة من رئيس مجلس الوزراء بتخصيصها إليهم وهو إجراء لم ينتفي مصلحة عامة بل تم مجاملة للمطعون ضدهم الثلاثة الأول لمناصبهم الوزارية وعلي خلاف ما تقضي به مواد الدستور من حظر علي الوزير أثناء توليه منصبه الوزاري أن يشتري أو يستأجر شيئا من أموال الدولة أو أن يؤجرها أو بيعها شيئا من أمواله أو أن يقاضيها عليه، كما صدر أمر تخصيص الطابق الثاني للمطعون ضده الثالث رغم أن المستأجرة له كانت قد بدت رغبتها في عام ١٩٦٦ بالتنازل عن عقد الإيجار لمن ارتأت التنازل له وإلا كان حقا لها أن يستمر عقد الإيجار لصالحها وألا تسلب حيازتها للعين المؤجرة إلا أن الإدارة العامة لأملاك الحكومة ورغم عدم انتهاء عقد الإيجار أخطرت (ـ) بالموافقة علي التنازل للمطعون ضده الثالث ثم صدر أمر التخصيص وحرر عقد الإيجار للمطعون ضده الثالث الذي كان يشغل منصب محافظ الجيزة إضرارا بالمستأجرة لهذا الطابق والطاعنين الذين عاد إليهم ملكية العقار علي السواء، ولما كان الثابت من جماع ما تقدم من قرائن أن إجراءات تخصيص رئيس مجلس الوزراء للوحدات السكنية محل النزاع للمطعون ضدهم الثلاثة الأول وأمره للشركة المشترية–وهي إحدى شركات القطاع العام–بتحرير عقود إيجار لهم عن وحدات النزاع التي كانت مسكنا لمورث الطاعنين ومستأجرة أخرى رغم حفظ التحقيق في البلاغ المقدم ضد المورث– المالك الأصلي للعقار–والذي كان سببا في وضعه تحت الحراسة الأمنية بما ينبئ عن أن رفع الحراسة عنه بات وشيكا لانتفاء سببه بحفظ التحقيق ثم الإسراع في

اتخاذ إجراءات التعاقد وفصل وحدات العقار وتسليمها بعد إخلائها من المنقولات إنما ينبئ عن التواطؤ بين مصدر أمر التخصيص والشركة المشترية للعقار وبين المطعون ضدهم الثلاثة الأول لدى إبرام هذه العقود لحرمان الطاعنين من حقهم الأصيل في الانتفاع بملكهم الذي يحميه القانون والدستور وهو ما يؤكده عدم استجابة المطعون ضدهم المذكورين لأمر رئيس الجمهورية الصادر عام ١٩٦٩ بإخلاء الوحدات السكنية محل النزاع وإصرارهم علي عدم تسليمها إلي الطاعنين وكذلك أمر رئيس الجمهورية الصادر عام ١٩٧٠ بضرورة تنفيذ أمر رئيس الجمهورية السابق رغم إعداد مساكن أخرى لهم. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بإلغاء الحكم الصادر من محكمة القيم وبرفض دعوى الطاعنين علي سند من القول بصحة عقود الإيجار الصادرة للمطعون ضدهم الثلاثة الأول لخلو الأوراق من دليل علي الغش والتواطؤ رغم توافر القرائن المشار إليها آنفا والتي تتساند في جملتها لتكون دليلا قائما بالأوراق يشهد علي حصول الغش والتواطؤ الذي لازم إبرام العقود الثلاثة لاغتيال حقوق الطاعنين وحرمانهم من ملكهم للتصرف فيه علي نحو ما يقرره لهم الدستور والقانون الذي تعلو أحكامه فوق المناصب والمصالح الخاصة وبالتالي لا تكون هذه العقود نافذة في حق الطاعنين بعد أن زال سند ملكية الشركة المؤجرة وعادت الملكية إليهم كاملة غير منقوصة فإنه يكون قد عابه القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال وأغفل الثابت بالأوراق. فسخ العقد. أثره. إعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. م١٦٠ مدني. الاستثناء. العقود الزمنية كالإيجار. علة ذلك. اعتبار عقد الإيجار مفسوخا من وقت الحكم البات بفسخه أو من اليوم التالي لتاريخ نشر حكم الدستورية" (الطعن رقم ٨٦٠٨ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٦/٣/١٦) وبأنه "وإن كان مما تجيزه الأحكام العامة في القانون المدني إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة ، وعلي ما نصت عليه المادة ١٥٨ من ذلك القانون، الاتفاق علي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، مما مؤداه وقوع الفسخ في هذه الحالة نفاذا لذلك الاتفاق بقوة القانون وحرمان المتعاقد بذلك– وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة وأفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون– من ضمانتين، إذ يقع الفسخ حتما دون أن يكون للقاي خيار في أمره، بل ويتحقق

ذلك دون حاجة إلي التقاضي ما لم ينازع المدين في وقوع موجب الفسخ وإن كانت مهمة القاضي تقف في هذه الحالة عند حد التحقق من عدم الوفاء بالالتزام، ليقرر اعتبار الفسخ حاصلا فعلا، أنه وإن كان ذلك قائما في العقود الملزمة للجانبين والمستأجرين للأماكن التي تسري عليها القوانين الاستثنائية المنظمة للإيجار رأي المشرع التدخل بحكم أمر في حرية المؤجر في النص في العقد علي الشرط الفاسخ الصريح في حالة التأخر في سداد الأجرة، فنص في المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين علي أنه "في غير الأماكن المؤجرة مفروشة لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد إلا لأحد الأسباب الآتية: أ- إذا لم يقم المستأجر بالوفاء بالأجرة المستحقة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تكليفه بذلك.. علي أنه لا حكم بالإخلاء، إذا قام المستأجر بأداء الأجرة وفوائدها.. والمصاريف الرسمية، وذلك قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى.." فدل بذلك علي أنه-وإن لم يصادر حق المتعاقدين في الاتفاق علي الشرط الفاسخ الصريح في عقد الإيجار-إلا أنه أورد عليه قيودا منها ما يتصل بعدم إعمال الأثر الفوري لهذا الاتفاق وذلك بما أوجبه علي المؤجر من تكليف المستأجر بالوفاء بالأجرة خلال مدة معينة، ومنها ما يتعلق بتفادي الأثر المترتب علي الاتفاق وذلك بما أجازه للمستأجر من توقي الإخلاء بأداء الأجرة وفوائدها والمصاريف قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى، وعلي ذلك فإنه إذا ما قام المؤجر بواجبه ولم يستعمل المستأجر الرخصة المخولة له، تحققت للشرط الصريح الفاسخ آثاره" (الطعن رقم ٧٠٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٦/٣٠)، وبأنه "المقرر-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أن الحكم الذي يصدر من القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين المؤجرة للتأخير في الوفاء بالأجرة لا يقيد محكمة الموضوع إذا ما طرح النزاع أمامها من المستأجر فلها أن تعيده إلي العين المؤجرة إذا ما أوفي الأجرة المستحقة عليه والمصاريف والنفقات الفعلية إلي المؤجر قبل إقفال باب المرافعة بحسبان أن القضاء المستعجل يقف عند حد اتخاذ إجراء وقتي مبناه ظاهر الأوراق ولا يمس أصل الحق، ولا يغير من ذلك النص في الفقرة الثانية من المادة ١٨/ب من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ علي عدم تنفيذ حكم القضاء المستعجل بالطرد إذا ما سدد المستأجر

الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم، إذ قصارى ما تهدف إليه هو إعطاء هذه الفرصة للمستأجر لتوقي التنفيذ دون أن تضع شرطا بأن يتم السداد قبل التنفيذ لإعمال حكم الفقرة الأولي من هذه المادة بتوقي الحكم بالإخلاء بسداد الأجرة وملحقاتها قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى أمام محكمة الموضوع، كما لا ينال من ذلك الاتفاق علي وقوع الفسخ عند التخلف عن سداد الأجرة لمخالفة ذلك لنص آمر متعلق بالنظام العام في قانون إيجار الأماكن" (الطعن رقم ٨٣١ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/١/١٧)، وبأنه "يتعين لإعمال الشرط الفاسخ الصريح الوارد في عقد الإيجار ألا يتعارض مع نص قانوني آمر، فإذا ما وقع التعارض بينهما بطل الشرط فيما لا يوافق حكم النص، وترتيبا علي ذلك فإن أثر الشرط الفاسخ الصريح–اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه لإخلال المستأجر بالتزام دفع الأجرة–لا يعمل به إذا لم يقم المؤجر بما أوجبه نص المادة ١٨/ب من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ من تكليف المستأجر بالوفاء بها علي النحو المبين به خلال الموعد الذي حدده سواء كانت الدعوى مرفوعة إلي القضاء الموضوعي أو المستعجل" (الطعن رقم ١٦٥٣ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٦/١٩)، وبأنه "المقرر–في قضاء محكمة النقض–أن الاتفاق علي أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقي بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلي رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به، فإذا ما لجأ الدائن إلي القضاء فإن حكمه يكون مقررا للفسخ ولا يملك معه القاضي إمهال المدين لتنفيذ التزامه ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بسداد المستحق عليه بعد إقامة دعوى الفسخ إذ ليس من شأن هذا السداد أن يعيد العقد بعد انفساخه إلا أنه يتعين أن تكون صيغة هذا الاتفاق صريحة الدلالة علي وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلي تنبيه أو إنذار ولما كان ذلك وكانت قاعدة الفسخ المتقدمة والواردة في المادتين ١٥٧، ١٥٨ من القانون المدني غير آمره تسري علي العقود الملزمة للجانبين ومنها عقود الإيجار التي تخضع لأحكام القانون المدني ويخرج عن نطاق تطبيقها قوانين الإيجارات الاستثنائية" (الطعن رقم ٣٢٩٤ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣٦/٥/١٣)، وبأنه "الدعوى التي يقيمها المؤجر بفسخ

عقد الإيجار–وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة–هي دعوى بإخلاء العين المؤجرة ويعتبر طلب الإخلاء مندمجا في طلب الفسخ وأثر حتمي للقضاء به، وأنه ولئن كانت القواعد العامة في القانون المدني إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة–وفقا لما نصت عليه المادة ١٥٨ منه–تجيز في العقود الملزمة للجانبين الاتفاق علي اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بما يؤدي إلي وقوع الفسخ في هذه الحالة نفاذا لذلك الاتفاق بقوة القانون ودون أن يكون للقاضي خيار في أمره إلا أنه تحقيقا للتوازن بين أوضاع المؤجرين والمستأجرين للأماكن التي تسري عليها أحكام التشريعات الاستثنائية المنظمة للإيجار رأي المشرع التدخل بتعيين أسباب الإخلاء بأحكام آمره متعلقة بالنظام العام أوردها علي سبيل الحصر في تلك التشريعات مما مفاده أن المشرع لم يصادر حق المتعاقدين في الاتفاق علي الشرط الصريح الفاسخ في عقد الإيجار إلا إذا تعارض مع القواعد الآمرة الواردة في تلك القوانين الاستثنائية، ومن ثم فلا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر متى كان خاضعا لأحكام التشريع الاستثنائي إلا لسبب من الأسباب المبينة به، فإن كان عقد الإيجار قد تضمن شرطا صريحا فاسخا تعين أن يكون تحقق هذا الشرط موافقا لما نص عليه التشريع المذكور من قواعد" (الطعن رقم ١٩٠ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥)، وبأنه "النص في المادتين ١٦ و١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١–يدل علي أن المشرع لم يصادر حق المتعاقدين في الاتفاق علي الشرط الفاسخ الصريح في عقد الإيجار إلا أنه أورد عليه قيودا منها ما يتعلق بعدم إعمال أثره الفوري بما أوجبه علي المؤجر إذا كان فعل الإساءة في استعمال العين المؤجرة من شأنه الأضرار بسلامة المبني أن يثبت المؤجر هذا الفعل بحكم قضائي نهائي، فإن خلت منه الدعوى فإن الشرط لا يحقق آثاره، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر واستند في قضائه بالإخلاء إلي ما خلص إليه من تقرير الخبير في الدعويين رقمي ٣٧٦٨ لسنة ١٩٨٤ مدني شمال القاهرة الابتدائية، ١٥١ لسنة ١٩٨٤ مستعجل جزئي القاهرة من توافر موجب أعمال الشرط الصريح الفاسخ الوارد بعقد الإيجار حال أن الأوراق قد خلت مما يدل علي صدور حكم قضائي نهائي بثبوت إساءة استعمال العين محل النزاع علي وجه ضار بسلامة المبني ولم يتحدي المطعون عليهن بذلك، فإنه يكون

قــد خــالف القــانون" (الطعنــان رقمــا ٤٤٤٩، ٤٥١٥ لســنة ٦١ق جلســة ١٩٩٢/١١/١٨)

- **ومجرد السكوت عن استعمال الحق في الفسخ فترة من الزمن لا يعتبر نـزولا عـن الحــق** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "إن كان مجرد السكوت عن استعمال الحق في طلب الفسخ فترة من الزمن رغم العلم بقيام موجبه لا يعتبر نزولا عن الحق، إلا أنه إذا اتخذ صاحب الحق مع سكوته موقفا لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته علي قصد النزول، كان هذا تعبيرا ضمنيا عن إرادة النزول عن الحق عملا بالمادة ٩ من القانون المدني" (الطعن رقم ٦٩١ لسنة ٦٨ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٨)

- **التفاســخ أو التقــايل** :

قد يتقابل المتعاقدان بأن يتفقا علي إلغاء العقد ، والتقايل يكون بإيجاب وقبول صريحين، أو ضمنيين كما هو الأمر في العقد الأصلي والأصل أن التقابل ليس له أثر رجعي، فيكون هناك عقدان متقابلان، فإذا تقايل المتبايعان البيع، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلي المشتري، يعقبه عقد بيع ثان من المشتري إلي البائع، وقد يتراضي المتبايعان علي أن يكون للتقايل أثر رجعي، فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن. وسواء كان للتقايل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر، فهو علي كل حال بالنسبة إلي الغير ثم بالنسبة إلي التسجيل، عقد ثان أعقب العقد الأول، ويترتب علي ذلك إنه إذا كان العقد الذي حصل التقايل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقا للغير علي هذه العين، فالتقايل لا يمس حقوق الغير، وترجع العين إلي مالكها الأصلي مثقلة بهذه الحقوق، كذلك يجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلي حتى تعود الملكية إلي صاحبها الأول . (السنهوري بند ٥٤٩-البدراوي بند ٣٨٧-الشرقاوي بند ٨٩- الجارحي ص١١٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "التفاسخ أو التقايل من العقد هو اتفاق طرفيه بعد إبرامه وقبل انقضائه علي إلغاء العقد. لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تقدير أو نفي التقابل الصريح أو الضمني متى أقامت قضاءها علي أسباب سائغة" (الطعن رقم ٥٠٢٣ لسنة ٧٣ق جلسة ٢٠٠٤/١٢/٢٧، مجموعة المكتب الفني س٤٥ ع١ ص٢٧٨ جلسة ١٩٩٤/١/٢٧، مجموعة المكتب الفني س٢٠ ع١ ص٧)، وبأنه

"إن عقد البيع النهائي الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ينسخ العقد الابتدائي ويحل محله فيما يتعلق بشروط البيع وأحكامه، ويصح هو قانونهما والمرجع في التعرف علي إرادتهما النهائية، ومن ثم فإنه قد يتناول مقدار المبيع، أو الثمن، أو شروط البيع الابتدائي بالتعديل حيث يسوغ القول بأن العقد النهائي بمثابة تقايل من البيع الابتدائي" (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١)، وبأنه "المقرر أنه إذا اشتمل العقد (عقد البيع الابتدائي) علي بيع أكثر من حصة مقابل ثمن إجمالي لها جميعا، ثم انعقدت إرادة الطرفين في العقد النهائي علي أن يصبح هذا الثمن مقابلا لبعض تلك الحصص دون البعض الآخر، فإن مؤدي هذا أنهما تقايلا من بيع ما لم يشتمل عليه العقد النهائي من أجزاء المبيع، وارتضيا تعديل كل من المبيع والثمن. والقول بغير ذلك مؤداه التزام البائع نقل ملكية الأعيان التي لن تشتمل عليها هذا العد الأخير دون مقابل، وهو ما يتعارض مع كون الثمن ركنا أساسيا في عقد البيع لا ينعقد دون تحديده أو علي جعله قابلا للتحديد ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها" (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١)، وبأنه "التفاسخ (التقايل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين، ويحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالفسخ الضمني، أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي التعاقد، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد" (مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢١ ص٤٧٠ نقض مدني في ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧)، وبأنه "حصول التفاسخ من المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاسخ من عبارات واردة في أوراق الدعوى مؤدية إليه، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض، فإذا كان كل ما شرطه المشتري في إنذاره البائع لقبول التفاسخ هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضا حقيقيا علي يد محضر في ظرف أسبوع، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها علي أن الإيداع أيضا في ظرف الأسبوع كان شرطا للتفاسخ، وكان الثابت بالحكم أن المشتري تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستندا في ذلك إلي أن المبلغ المعروض لم يكن شاملا الرسوم التي دفعت توطئه للتسجيل دون أية إشارة إلي شرط الإيداع المبلغ المعروض لم يتم في الأسبوع" (مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص٦٠١ نقض مدني في ١٥ أبريل سنة

١٩٤٨)، وبأنه "الأصل في العقود أن تكون ملزمة لطرفيها بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقدين الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما علي فسخ العقد والتقايل عنه، وأيا كان الرأي في طبيعة هذا الاتفاق- وهل يعد تفاسخا وإبراما لعقد جديد-فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين وحسب محكمة الموضوع إذ هي قالت بأيهما أن تورد من القرائن والأدلة أو من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد وكيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حله" (الطعن رقم ٢٠٨٣ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٩، الطعن رقم ٩١٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٥/١٢/١٠، الطعن ٧٦٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠، الطعن ٦١ لسنة ٣٣ق السنة ١٨ ص٣٩٤ جلسة ١٩٦٧/٢/١٦)، وبأنه "لئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس من ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما علي رفع العقد والتقايل منه، وأيا كان الرأي في طبيعة هذا الاتفاق وهل يعد تفاسخا أو إبراما لعقد جديد، فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد وبحسب محكمة الموضوع إذ هي قالت بالتقايل الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد" (الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣)، وبأنه "متى كان المطعون عليه قد رفع دعواه طالبا فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الطاعنين وطلب هؤلاء الأخيرون فسخ العقد، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضي بالفسخ تأسيسا علي تلاقي إرادة المشتري والبائعين لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه، ولا ينال من ذلك أن كلا من البائعين والمشتري بني طلب الفسخ علي سبب مغاير للسبب الذي بناه الآخر إذ أن محل مناقشة ذلك وإعمال آثاره هو عند الفصل في طلب التعويض" (الطعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١)، وبأنه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاب طرفي التعاقد إلي ما طلباه من فسخ العقد فإنه لا يكون ثمة محل بعد ذلك للتحدث عن شرط انطباق أحكام المادة ١٥٧ من القانون المدني لأن مجال إعمالها هو حالة الشرط الفاسخ الضمني أن في حالة الفسخ الاتفاقي فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون للقاضي خيار بين الفسخ والتنفيذ"

(الطعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١)، وقد قضت أيضا بأن "المقرر-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أنه وإن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما علي فسخ العقد والتقايل عنه ومن ثم فإن التقايل في عقد الإيجار يكون باتفاق بينهما علي فسخ العقد والتقايل عنه ومن ثم فإن التقايل في عقد الإيجار يكون باتفاق المتعاقدين علي إنهاء الإيجار قبل انقضاء مدته حتى ولو تم التقايل أثناء امتداد الإيجار بحكم القانون" (الطعن ٢٠٦٨ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٩٠/١١/٨، مجموعة محكمة النقض سنة ٤١ ص٦٤٣)، وبأنه "من المقرر وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-أنه ولئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق ينهما علي فسخ العقد والتقايل عنه، وكما قد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنيا، وبحسب محكمة الموضوع إن هي قالت بالتقايل الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي العقد في هذا الصدد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد، ولا معقب علي محكمة الموضوع إن هي ناقشت في حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء علي أسباب سائغة رفضها أو قبولها" (الطعن رقم ٨٩٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١/٤)، وبأنه "فسخ العقد- عدم إمكان انفراد أحد العاقدين به دون رضاء المتعاقد الآخر-التقايل يكون بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين-القضاء بالتقايل الضمني-شرطه-أن تبين محكمة الموضوع بأسباب سائغة الوقائع والظروف الكاشفة عن تلاقي إرادتي طرفي العقد علي حله-مثال في بيع" (الطعن ٥١٢٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/١/١٦)، وبأنه "التقايل عن العقد صراحة أو ضمنا هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وحسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه علي أسباب سائغة دون أن يكون ملزما بالرد استقلالا علي أوجه دفاع الخصوم مادامت الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها فيها الرد الضمني علي هذا الدفاع" (الطعن ٤٤٩٧ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٧)، وبأنه "لئن كان استخلاص نية المتعاقدين علي التفاسخ الضمني وتحصيل فهم الواقع في الدعوى هو مما تستقل به محكمة

الموضوع إلا أنها متى قالت بهذا التفاسخ فإن عليها أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد وأن يكون ما تورده من ذلك من شأنه أن يؤدي عقلا إلي ما انتهت إليه. فإذا كان ما انتهي إليه الحكم المطعون فيه من اتجاه نية طرفي العقد إلي التفاسخ عنه يتنافي مع إصرار كل منهما علي التمسك به في الدعوى التي أقامها علي الآخر وطالب فيها بالتعويض علي أساس إخلال الطرف الآخر بالتزاماته الناشئة عن العقد ومع استمرار كل منهما متمسكا بالعقد وبإخلال الطرف الآخر بالتزاماته الناشئة عنه طوال نظر الدعوى أمام درجتي التقاضي دون أن يدعي أيهما حصول التفاسخ عنه فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبا بالفساد في الاستدلال" (الطعن ٤٧٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢)، وبأنه "التفاسخ والتقايل" كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون أيضا بإيجاب وقبول ضمنين وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالتفاسخ الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتي طرفي التعاقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان علي حل العقد" (الطعن ٦١ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٩٧/٢/١٦)، وبأنه "متى كان الحكم قد استخلص نية المتعاقدين علي التفاسخ وحصل فهم الواقع فيها من قرائن موضوعية مؤدية إلي النتيجة التي انتهي إليها فإن ذلك مما يستقل به قاضي الموضوع" (الطعن ٥٧ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢٤)، وبأنه "قرار مجلس الوزراء الصادر في ٢٧ من نوفمبر سنة ١٩٣٥ تضمن إيجابا من الحكومة أوجبت به علي نفسها أن ترد لكل مالك ملكه الذي نزع منه في مدي خمس سنوات مقابل ثمنه الذي رسا به المزاد عليها وهذا الإيجاب متى قبله المدين المنزوعة ملكيته–وهو قانونا في حكم البائع– لا يكون إنشاء لبيع مستحدث وإنما هو اتفاق علي التقايل في البيع القديم واسترداد في المبيع والثمن" (مجموعة القواعد القانونية سنة ٢٤ ص٣٤٨ جلسة ١٩٥١/٢/٨)، وبأنه "إذا كان الطاعنان لم يقدما ما يدل علي تمسكهما أمام محكمة الموضوع بانقضاء عقد الوعد بالإيجار بالتقايل عنه أثر تنازل بات من المطعون عليه الأول–الموعود له–عن التمسك به، وكان ما ساقه الطاعن الأول علي ما جاء بأسباب الحكم الابتدائي والحكم المطعون فيه أنه عرض الشقق الأربعة علي المطعون عليه الأول شفاهة لاستئجارها فلم يقبل بينما نفي المطعون عليه الأول هذا

الإدعاء وإذ كان لا يكفي لاعتبار الدفاع متضمنا هذا النعي مجرد الإشارة فيه إلي عدم قبول المطعون عليه الأول استئجار تلك الشقق بل يجب أن يبديه في صيغة صريحة جازمة تدل علي تمسك صاحبه بأن عقد الوعد بالإيجار قد انقضي بما لا يجوز معه للمطعون عليه الأول التمسك به بعد ذلك وإقامة دعواه تأسيسا عليه، فإنه لا تثريب علي الحكم المطعون فيه أن هو لم يعتبر دفاع الطاعن الأول متضمنا انقضاء الوعد وبالتالي لم يرد عليه، وطالما أنه لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع فإنه لا يقبل منه التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض" (الطعنان رقما ٥٦٥و ٥٧٠ سنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٣/٣٠)، وبأنه "لئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان إنفراد أحد العقاديين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما علي التقايل منه وإبرام عقد جديد وكما يكون ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح بإيجاب وقبول ضمنيين إذ التعبير عن الإرادة يجوز أن يكون ضمنيا علي ما تقضي به المادة ٩٠ من القانون المدني–لما كان ذلك–وكان الثابت من الاتفاق المحرر في ١٩٥٨/٥/٣٠ إقرار مورث الطاعنة بإخلاء شقة النزاع في موعد غايته آخر أبريل سنة ١٩٥٩ ثم استمر المورث في شغل العين من هذا التاريخ، وحتى وفاته في سبتمبر سنة ١٩٨٠ وبقاء الطاعنة مقيمة بها بعد وفاة والدها واستمرارها في سداد مقابل الانتفاع المنصوص عليه في الاتفاق الأول شهريا وقبول الملاك ذلك المقابل وسكوتهم عن المطالبة بتنفيذ الاتفاق طوال هذه المدة كما لم يرفعوا دعواهم بالإخلاء سنة ١٩٨٥ إلا بعد إقامة الطاعنة دعواهم بطلب الحكم بثبوت العلاقة الإيجارية فإن ذلك كله يؤكد تقايل طرف النزاع عن الاتفاق المحرر في ١٩٥٨/٥/٣٠ ونشوء علاقة إيجارية بين مورث الطاعنة عن وبين مورث المطعون ضدهم ومعهم من بعده–وامتداد تلك العلاقة إلي الطاعنة عن وبين مورث المطعون ضدهم ومعهم من بعده–وامتداد تلك العلاقة إلي الطاعنة بعد وفاة والداها المستأجر الأصلي الذي كانت تقيم معه طبقا لنص المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وهو ما لم ينازع فيه المطعون ضدهم وهي علاقة توافرت لها أركان عقد الإيجار طبقا للمادة ٥٥٨ من القانون المدني من منفعة بشئ معين ومدة وأجرة" (الطعن رقم ١٥٨٢ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٨٩/١١/١٣)

- **يجوز التفاسخ عن العقد أثناء رفع دعوى الفسخ** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان المطعون عليه قد رفع دعواه طالبا فسخ عقد البيع المبرم بينه وبين الطاعنين وطلب هؤلاء الأخرون فسخ هذا العقد ، فإن الحكم المطعون إذ قضي بالفسخ تأسيسا علي تلاقي إرادة المشتري والبائعين لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه، ولا ينال من ذلك أن كلا من البائعين والمشتري بني طلب الفسخ علي سبب مغاير لسبب الذي بناه الآخر إذ أن محل مناقشة ذلك وإعمال آثاره هو عند الفصل في طلب التعويض" (طعن رقم ٨٢ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١/٢١)

- **وللمشتري بعقد عرفي أن يتقايل عن البيع ولو كان قد باع المبيع إلي آخر مادام هو لم يحل إليه حقوقه الناشئة عن عقد شرائه** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كان لمشتري العقار غير المسجل أن يحيل الحقوق الشخصية الناشئة عن العقد لآخر وفقا لإجراءات الحوالة، إلا أن ذلك لا ينفي حقه أيضا في أن يتصرف بالبيع في العقار إلي مشتر ثان بموجب عقد بيع يكون مستقلا بذاته عن عقد شرائه يلتزم هو فيه قبل المشتري بكافة التزامات البائع التي يرتبها عقد البيع، وإذ كان الثابت من مطالعة عقد البيع المؤرخ ١٩٧٢/٤/٢١ أنه تضمن بيع المطعون ضده الأول الأطيان التي اشتراها من المطعون ضدهما الثاني والثالث بموجب عقد البيع غير المسجل ١٩٧٠/١٢/٨ إلي الطاعن، وأن المطعون ضده الأول التزم في العقد الأول بكافة التزامات البائع التي تتولد عند البيع ومنها ضمان خلو المبيع من الحقوق العينية والالتزام بتسليم مستندات الملكية للطاعن والتوقيع علي العقد النهائي واستحضار المطعون ضدهما الثاني والثالث للتوقيع عليه مما ينفي عنه صفة حوالة الحق التي يترتب عليها حلول المحال له محل المحيل في الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه، ومن ثم فلا يحل الطاعن محل المطعون ضده الأول في العقد المؤرخ ١٩٧٠/١٢/٨ ويكون لهذا الأخير وللمطعون ضدهما الثاني والثالث أن يتقايلا منه إعمالا للأثر النسبي للعقود" (الطعن ٦٧٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠).

- **الأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعي** :

الأصل ألا يكون للتفاسخ أثر رجعي، فهو عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه، إلا أنه يجوز للطرفين أن يتفقا علي الأثر الرجعي لزوال العقد. ويجوز أن

يكون الاتفاق علي الأثر الرجعي شاملا كافة الحقوق والالتزامات المترتبة علي العقد الذي تم التفاسخ عنه، أو عن بعض هذه الحقوق والالتزامات فقط. والاتفاق علي الأثر الرجعي، كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا يستخلصه قاضي الموضوع من ظروف الدعاوى . (السنهوري ص٥٦٦- تناغو ص١٨٦-الشرقاوي بند ٨٩- حسن عبد الرحمن ص٥٩٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "للمتعاقدين أن يتفقا علي أن يكون للتفاسخ أثر معدم لكل ما يترتب علي تعاقدهما من حقوق والتزامات وللمحكمة أن تستخلص هذه النية المشتركة من ظروف الدعوى وملابساتها، وإذن فمتى كانت المحكمة بعد أن استعرضت ظروف التفاسخ قالت إن من شأنه أن يجعل البيع كأن لم يكن مؤسسة قضاءها في ذلك علي أن المطعون عليه الأول إنما اضطر إلي التنازل عن دعواه بصحة التعاقد بل وعن حقه في البيع إزاء إصرار الطاعن علي إنكاره في البداية فلما لاحت للطاعن مصلحة في التمسك بهذا العقد الذي سبق أن إهداره بإنكاره رفع الدعوى بصحته بعد أن عدل عنه المطعون عليه الأول واستخلصت من هذه الظروف أن العقد بفرض أنه سبق أن تم أصبح بإرادة المتعاقدين منفسخا وكأنه لم يكن، فإنها لا تكون في تقريرها هذا قد أخطأت في القانون" (الطعن رقم ٢١٠ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٣/٣/٢٦)، وبأنه "متى كان الطرفان قد تراضيا علي إلغاء العقد فإن هذا التفاسخ (التقايل) لا يكون له أثر رجعي إلا إذا اتفقا علي ترتيب هذا الأثر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والالتزامات المترتبة علي العقد الذي تفاسخا عنه" (طعن رقم ٢٣٢ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٤/٧)

- **عدم مساس الأثر الرجعي للتفاسخ بحقوق الغير** :

يجب ألا يمس الأثر الرجعي للتفاسخ بحقوق الغير منعا من الإضرار به. والمقصود بالغير هنا من اكتسب حقا عينيا علي العقار المبيع قبل تسجيل عقد التفاسخ. فإذا كان العقد الأول هو عقد بيع لعقار وانتقلت به الملكية إلي المشتري بالتسجيل. فإن التفاسخ لا ينتج أثره في حق الغير إلا من وقت تسجيله. ويترتب علي تسجيله أن تعود الملكية مرة أخرى إلي البائع من وقت التسجيل. فإذا كان الغير قد اكتسب حقا علي العقار من المشتري في الفترة ما بين تسجيل البيع

وتسجيل التفاسخ فإن هذا الحق يظل نافذا في حق البائع الذي عادت إليه ملكية الشئ . (سمير تناغو ص١٨٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الغير الذي لا يمس التقايل حقوقه هو من اكتسب حقا عينيا علي العقار المبيع. ولا يتحقق ذلك بالنسبة للطاعن–مشتري العقار من المشتري الأول، إلا بشهر عقدي البيع أو التأشير بالحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد علي هامش صحيفتها المشهرة، أما مجرد شهر الصحيفة فإنه لا يرتب حقا عينيا للطاعن يحول دون الاحتجاج عليه بالتقايل بين البائع والمشتري الأول ولو كان عرفيا" (طعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

كذلك إذا كسب الغير حقا يتعلق بالشئ الذي ورد عليه العقد الذي حصل عليه التفاسخ بمقتضي عقد من عقود الإدارة، كالإيجار فإنه حقه يبقي بالرغم من التفاسخ . (عزمي البكري ص٦٣٨)

وتنص المادة ١٥٩ مدني على أن" في العقود الملزمة للجانين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ".

- **الالتزام ينقضي إذا استحالة تنفيذه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وينقضي الالتزام المقابل تبعا لانقضائه وبالتالي ينفسخ العقد الملزم للجانبين من تلقاء نفسه بحكم القانون** :

وقد قضت محكمة النقض بأن" عقد البيع ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة١٥٩ مدني استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين بسبب أجنبي " (نقض مدني ١٩٧٧/٤/٥ س٢٨ ص٩٠٩)

- **انفساخ العقد بسبب استحالة تنفيذ المدني لالتزامه** :

إذا استحال على المدين تنفيذ التزامه ولم تكن الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، وإنما كانت بفعل المدين أو خطئه أو إهماله ، فإن التزام لا ينقضي وإنما يظل قائما ويحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه طبقا لأحكام المسئولية العقدية (المادة ٢١٥مدني) .

وإذا كان العقد لا ينفسخ في هذه الحالة من تلقاء نفسه إلا أنه يطلب فسخ العقد ، وعلى القاضي في هذه الحالة من تلقاء نفسه إلا أنه يب فسخ العقد ، وعلى

القاضي في هذه الحالة أن يجيب الدائن لطلبه بأن يقضي بالفسخ لأن التنفيذ أصبح مستحيلا وبالتالي فلا مجال لمنح المدين أى مهلة لتنفيذ التزامه ، والحكم يكون هنا منشئا للفسخ لا مقررا له لأن العقد لم ينفسخ إلا بحكم القاضي لا بحكم القانون، أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه فإن الالتزام ينقضي وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون (م١٥٩ مدني) .

والسبب الأجنبي يفترض أنه لا يد للمدين في حدوقه سواء هو بنفسه أو أيا من تابعيه ، كما يشترط في السبب الأجنبي أن يكون غير متوقع بحيث لا يمكن دفعه أو تفاديه ، واستحالة تنفيذ الالتزام المقصودة هى الاستحالة المطلقة التي لا يتوافر معها أى سبيل لتنفيذ المدين التزامه لا الاستحالة النسبية ، فإذا استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، واستطاع هذا الأخير إثبات ذلك ، فإن الالتزام ينقضي وينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون ، إذ أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبي ، لا يد للمدين فيه انقضى الالتزام المقابل له لتخلف سببه للارتباط القائم بين الالتزامات المتقابلة في هذه العقود ، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون دون ضرورة للإعذار ، إذ أن تنفيذ الالتزام أصبح غير ممكن ولا يكون الإعذار ضروريات إلا إذا كان التنفيذ ممكنا ، فإذا توافرت موجبات انفساخ العقد ، أى دون حاجة لصدور حكم من القضاء بالفسخ ، فلا يكون هناك محل لأن يطلب الدائن التنفيذ أو الفسخ ، وإذا اقتضى الأمر الرجوع الى القضاء للتحقق من توافر السبب الأجنبي اقتصر عمل القاضي على تقرير انفساخ العقد متى أثبت المدين السبب الأجنبي ، ويكون الحكم في هذه الحالة مقررا للفسخ أو كاشفا عنه لا منشئا له ، وقد يتحقق الانفساخ أيضا في العقود الملزمة لجانب واحد كما في الوديعة غير المأجورة ، إذا استحال على المودع عنده تنفيذه التزامه بسبب أجنبي بأن هلكت الوديعة في يده بقوة قاهرة واحالة عليه ردها . (حسام الأهواني ص٥٩٨ وما بعدها ، أحمد شرف الدين ، مصادر الالتزام ص٤٤ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقصود بالاستحالة التي ينقضي بها الالتزام هى الاستحالة المطلقة بطروء قوة قاهرة أو حادث جبري لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه " (نقض مدني ١٩٥٦/٦/٢٨ س٧ رقم ١١٠ ص٧٨٩) وبأنه" القوة القاهرة

التي ينفسخ بها العقد- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هى التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة بسبب أجنبي عن المدين مما مؤداه أنه إذا كانت القوة القاهرة تمثل مانعا مؤقتا من التنفيذ فلا يكون لها أثر سوى وقف تنفيذ الالتزام في الفترة التي قام فيها الحادث حتى إذا زال الحادث عاد للالتزام قوته في التنفيذ " (نقض مدني ١٩٩١/١/٣٠ س٤٢ رقم ٥٥ ص٣٣٦)

- **ويلاحظ أن المراد بالالتزام الذي استحالة تنفيذه هو الالتزام الأساسي المترتب على العقد دون الالتزام الثانوي أو التبعي** :

فالالتزام الأساسي المترتب على البائع في عقد البيع مثلا هو نقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري ، أما الالتزام الأساسي المترتب على هذا الالتزام في عقد الإيجار هو تسليم العين المؤجرة للمستأجر وتمكينه من الانتفاع بها . أما الالتزام الأساسي المترتب على هذا الأخير فهو دفه الأجرة والحفاظ على العين المؤجرة . (السنهوري ، الوجيز ص٢٩٥ هـ٢)

- **استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي** :

حددت المادة ١٥٩ أثر استحالة التنفيذ في أنه إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له ، ثم أعقبت ذلك بقولها " وينفسخ العقد من تلقاء نفسه أو إذا كان النص يفيد انفساخ العقد ، أى زواله ، متى استحالة تنفيذ أحد الالتزامات التي ولدها إلا أن ثمة اتجاه يذهب أنصاره الى ضرورة التفريق بين انقضاء الالتزام وانقضاء العقد ، فالعقد وإن كان مصدرا لعدة التزامات متقابلة ، إلا أن انقضاء التزام بالاستحالة وانقضاء الالتزام المقابل له بالتالي لا يؤدي دائما وبالضرورة الى انقضاء العقد برمته ، صحيح أن العقد ينفسخ برمته إذا كانت استحالة التنفيذ تتعلق بالتزامات يستجيل معها بقاء العقد ذاته كهلاك الشئ المبيع ، وعلى العكس فلا يبقى العقد إذا تعلقت استحالة التنفيذ بالتزام ثانوي أو تبعي كالالتزام بالصيانة بعد البيع ، فإذا استحالة تنفيذ هذا الالتزام بالصيانة بسبب صدور قرار يقصر الصيانة على شركات محددة ليس من بينها البائع ، انقضى الالتزام بالصيانة ويبقى العقد ، وعلى هذا فإنه إذا كانت استحالة تنفيذ التزام تؤدي الى انقضائه وانقضاء الالتزام المقابل له مما يؤدي الى عدم إمكانية بقاء العقد ، فإن هذا الأخير يتفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون وفقا للمادة ١٥٩ مدني .

ويترتب على انفساخ العقد نفس الآثار التي تترتب على الفسخ إذ يزول كل أثر للعقد بين المتعاقدين وبالنسبة للغير وذلك على التفصيل السابق ذكره في الفسخ . إلا أنه رغم ذلك قد تبقى بعض الالتزامات وتستمر محتفظة بصفتها العقدية ، بالرغم من انفساخ العقد أى انقضاءه ، مثال ذلك الالتزام بالسرية الذي يقع على عاتق العامل فهوي بدأ أثناء العقد ويستمر الى ما بعد انقضائه ، كذلك الالتزام بعدم المنافسة وفقا للمادة ٦٨٦ مدني ، فمثل هذه الالتزامات تستمر بعد انقضاء العقد ، ولا يجوز للدائن أن يطالب المدين بالتعويض لأن الاستحالة في تنفيذ هذا الأخير لالتزامه إنما ترجع الى السبب الأجنبي ، وذلك على خلاف ما هو مقرر بالنسبة للفسخ للامتناع عن التنفيذ ، إذ يجوز للدائن أن يطالب المدين الممتنع عن تنفيذ التزامه والذي أدى امتناعه هذا الى فسخ العقد بالتعويض عن الأضرار التي لحقته بسبب الفسخ . (حسام الأهواني بند ٣٦٣ وما بعدها ، أحمد شرف الدين ص٢٤٧ مرجع سابق)

- **مبدأ تحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام** :

إذا انفسخ العقد الملزم للجانبين بقوة القانون لاستحالة تنفيذ الالتزام المدين بسبب أجنبي ، انقضى هذا الالتزام الأخير وانقضى الالتزام المقابل له بالتبعية ، ومعنى ذلك أن المدين الذي استحال تنفيذ التزامه لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل ، فالمدين وقد برئت ذمته من تنفيذ التزامه لاستحالة هذا التنفيذ لا يحق له طلب تنفيذ الدائن لالتزامه المقابل ، فمن لم يعط شيئا لا يستحق بالمقابل أى شئ ، وإذا كان المدين قد تحصل على أى أداء وفقا للعقد ثم برئت ضمته بسبب استحالة تنفيذ التزامه ، كان عليه أن يرد ما تحصل عليه وذلك طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب ، فالمدين يتحمل تبعة استحالة التنفيذ، إذ الخسارة تقع عليه وحده، فالقاعدة هى أنه في العقد الملزم للجانبين يتحمل المدين تبعة استحالة تنفيذ التزامه . (نقض مدني ١٩٧٧/٤/٥ س٢٨ ص٩٠٩)

ففي البيع إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب أجنبي انفسخ العقد من تلقاء نفسه بحكم القانون إذ يستحيل على البائع وهو المدين بالالتزام بالتسليم أن ينفذ التزامه وبالتالي ينقضي هذا الالتزام ، وينقضى تبعا له التزام المشتري بدفع الثمن باعتباره الالتزام المقابل للالتزام الذي أصبح تنفيذه مستحيلا ، وبذلك يتحمل البائع

تبعة هذا الهلاك بمعنى أنه يخسر المبيع الذي هلك ، ولا يستطيع مطالبة المشتري بالثمن فسخره أيضا . م٤٣٧ مدني . (السنهوري ص٢٦٦)

أما في العقد الملزم لجانب واحد كما في الوديعة غير المأجورة ، فإنه إذا استحال تنفيذ الالتزام المتمثل في رد الوديعة الى المودع وكانت هذه الاستحالة لسبب أجنبي ، فإن تبعة هذه الاستحالة تقع على الدائن لا المدين ، وسبب ذلك أنه لا يوجد في ذمة الدائن وهو المودع التزاما مقابلا لالتزام المدين المودع عنده بحيث يستطيع أن يتحلل منه في مقابل تحلل المدين من التزامه ، فيتحمل الدائن تبعة استحالة تنفيذ التزام المدين ، فإذا هلكت الوديعة في يد المودع عنده بسبب أجنبي لا يد له فيه بحيث استحال عليه تنفيذ التزامه برد الوديعة للمودع فإن هذا الأخير يتحمل تبعة هلاكها . (حسام الأهواني بند ٦٣٩ ، السنهوري بند ٣٠٤)

وعلى ذلك استحالة تنفيذ الالتزام في العقود الملزمة للجانبين تقع على عاتق المدين الذي استحال تنفيذ التزامه ، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فتقع تبعة هذه الاستحالة على عاتق الدائن . (السنهوري بند ٦٣٩ ، شرف الدين بند ٤٤٨ ، وانظر مرقص ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " استحالة تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذا عينيا لعدم صحة إجراءات البيع ولوروده على شئ غير قابل للتعامل فيه بالبيع – أثره – وجوب رفض طلب المشتري صحة ونفاذ عقد البيع "(طعن ٣٢٦٦ جلسة ١٩٩٦/٣/٢١ سنة ٦٠ق) وبأنه" النص في المادة ١/٥٦٩ من القانون المدني على أنه " إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكا كليا انفسخ العقد من تلقاء نفسه " هذا النص يعتبر تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بانفساخ العقد لاستحالة التنفيذ الراجع الى انعدام المحل لهلاك العين المؤجرة هلاكا كليا أصبح معه تنفيذ عقد الإيجار مستحيلا ومن ثم ينفسخ من تلقاء نفسه وبحكم القانون ، وتقرر المادة ١٥٩ من القانون المدني القاعدة العامة في هذا الصدد إذ تقول " في العقود الملزمة للجانين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"، والمشرع في النصين سالفى الذكر لم يميز بين ما إذا كان الهلاك غير راجع لخطأ المؤجر فينفسخ العقد بحكم القانون وبين ما إذا كان الهلاك راجعا الى خطأ المؤجر فيجوز للمستأجر طلب الفسخ قضاء بل جعل الحكم

في الحالتين واحدا وهو انفساخ ويعتبر العقد مفسوخا من وقت الهلاك ، ولا حاجة الى حكم بذلك وإن صدر مثل هذا الحكم فإنما يكون مقرر لهلاك العين وانفساخ العقد ويؤيد ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني في هذا الصدد بأنه قد تهلك العين هلاكا كليا سواء كان ذلك من جراء عدم القيام بالترميمات اللازمة لحفظ العين أو بخطأ المؤجر أو المستأجر أو بقوة قاهرة وفي كل هذه الأحوال ينفسخ العقد من تلقاء نفسه لانعدام المحل وهذا هو المقرر في قضاء النقض في أحكامه الأخيرة إذ جرى على أن هلاك العين المؤجرة هلاكا كليا يؤدي الى انفساخ عقد الإيجار من تلقاء نفسه أيا كان السبب في هذا الهلاك ولو كان ذلك بسبب المؤجر ولا يجبر على إعادة العين الى أصلها " (الطعن رقم ١٨٨٦ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٩١/٥/٩) وبأنه " القوة القاهرة التي ينفسخ بها العقد – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هي التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة لسبب أجنبي عن المدين مما مؤداه أنه إذا كانت القوة القاهرة تمثل مانعا مؤقتا من التنفيذ فلا يكون لها أثر سوى وقف تنفيذ الالتزام في الفترة التي قام فيها الحادث حتى إذا مازال هذا الحادث عاد للالتزام قوته في التنفيذ " (الطعن رقم ٨٦٥ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩١/١/٣٠) وبأنه " المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن عقد البيع ينفسخ حتما من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين بسبب أجنبي ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعية في العقد الملزم للجانبين ، إذ كان ذلك وكان الحكم الابتدائي الذي أحال الحكم المطعون فيه الى أسبابه قد انتهى الى هذه النتيجة حين ذهب الى أن استحقاق الغير لعقار النزاع بالشفعة يقتضي فسخ عقد البيع الصادر بشأنه من الطاعن وبالتالي فإنه يلزم برد الثمن الى المطعون ضدهما بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدني ، وكان ما استخلصه سائغا له أصله الثابت من الأوراق للمادة ١٦٠ من القانون المدني ، وكان ما استخلصه سائغا له أصله الثابت من الأوراق ومؤديا الى ما انتهى إليه ولا مخالفة فيه للقانون ، فإن النعى على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس " (الطعن رقم ٥٧٤ لسنة٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢١) وبأنه " إذ

كان الثابت أن طلب الشقيقين أخذ عقار النزاع بالشفعة في الدعوى رقم ..... لسنة ١٩٧٨ مدني الفيوم قد تحدد بعقد البيع الصادر من المالكة الأصلية للعقار الى الطاعن وليس بعقد البيع الثاني المؤرخ ١٩٧٨/١١/١٧ الصادر من الأخير الى المطعون ضدهما فإنهما يكونان خارجين عن الخصومة في دعوى الشفعة ولا يعتبر أن طرفا فيها فلا تنصرف إليهما آثار الحكم النهائي الصادر فيها بثبوت الشفعة فيما ترتبه من حلول الشفيع قبل البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته بما فيها التزامه بدفع ثمن العقار المشفوع فيه الى البائع إذا لم يكن قد قبضه أو الى المشتري إذا ما قد أداه ، إذ المقصود بهذه الآثار هو عقد البيع الأول الذي باعت بموجبه المالكة العقار الى الطاعن واستند إليه الشفيعان في حق الشفعة وصدر الحكم النهائي لهما بذلك في دعوى الشفعة على اساسه ، لذا فغير صحيح في القانون قول الطاعن بحلول المطعون ضدهما محله في اقتضاء الثمن الذي أودعه الشفيعان خزانة المحكمة على ذمة دعوى الشفعة . لما كان ذلك ، وكان يترتب على الحكم النهائي الصادر في دعوى الشفع . لما كان ذلك ، وكان يترتب على الحكم النهائي الصادر في دعوى الشفعة والذي يعتبر سندا لملكية الشفيع تعلق حق ملكية المحكوم لهما بالشفعة بعقار النزاع واستئثارهما به مما يحول بين الطاعن وبين تنفيذ التزامه بنقل ملكية هذا العقار الناشئ عن عقد البيع الصادر منه الى المطعون ضدهما بتاريخ ١٩٨٧/١١/١٧ فيصير هذا الالتزام مستحيلا باستحقاق الشفعين العقار المبيع بالشفعة " (الطعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢١) وبأنه "الفسخ يعتبر واقعا في العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع بخروج المبيع من ملكه، كما يعتبر الفسخ مطلوبا ضمنا في حالة طلب المشتري رد الثمن تأسيسا على إخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع إليه ، وذلك للتلازم بين طلب رد الثمن والفسخ" (الطعن رقم ١٠٠٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١٢/١١)

وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأن " عقد البيع – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ، ويترتب على الانفساخ – ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ،

ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين ، ولما كان الحكم قد أثبت أن التزام مورث الطاعنين بنقل ملكية العقار المبيع للمطعون عليه قد صار مستحيلا بسبب استيلاء جهة الإصلاح الزراعي عليه تنفيذا لحكم القانون رقم ١٢٧ لسنة ١٩٦١ – بتحديد الحد الأقصى للملكية الزراعية للفرد بما لا يزيد عن مائة فدان – فإنه يكون بذلك قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع لسبب أجنبي " (الطعن رقم ١٩٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٤/٥) وبأنه " يترتب على نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة انفساخ عقد الإيجار من تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه بسبب انعدام المحل لسبب أجنبي " (الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٥/٢٥) وبأنه " إذا كان الواقع في الدعوى أن الشركة المطعون عليها كانت قد تعاقدت على تصدير كميات من القطن الى بيوت التجارة الألمانية فلما قامت الحرب الأخيرة ترتب عليها قطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر وألمانيا وصدر الأمران العسكريان ٦ سنة ١٩٣٩ ، ١٥٨ سنة ١٩٤١ في شأن الاتجار مع حكومة ورعاياه فحالا دون تنفيذ هذه العقود ورتبا البطلان على كل ما يخالف أحكامهما – وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر قيام الحرب وانقطاع العلاقات والمواصلات وصدور التشريعات الاستثنائية قوة قاهرة وسببا أجنبيا يستحيل معه تنفيذ هذه العقود فقضى بانفساخها ، فإن هذا الذي قرره الحكم المطعون فيه يتفق والقواعد القانونية الصحيحة ، ذلك أنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا مبعد انعقاد العقد النهائي التبادلي بسبب أجنبي فإنه ينقضي واجب هذا الطرف في تنفيذه وينفسخ العقد حتما وبقوة القانون ويعود كل طرف الى حالته قبل التعاقد وذلك عملا بالأحكام العامة في القانون التي أجملتها المادة ١٧٩ مدني قديم والتي تطبق على العقود كافة "(الطعن رقم ٩٩ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١١/١٩)

وقضت أيضاً بأن" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المقصود بالاستحالة التي نقضي بها الالتزام هى الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبري طارئ لا قبل للملتزم بدفعه أو توقعه ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه برفض دعوى الطاعنين على أن لجنة مراجعة المباني بمحافظة بور سعيد الذي صدر بالعدول عن قرار هدم البناء القائم على الأرض المبيعة من شأنه أن يجعل الوفاء

بالتزام المطعون ضده بنقل ملكية المبيع مستحيلا استحالة مرجعها الى سبب أجنبي لا يد له فيه . لما كان ذلك، وكان صدور مثل هذا القرار وإن أدى الى عرقلة تنفيذ التزام البائع الوارد بالعقد بإزالة المباني القائمة على الأرض المبيعة وتسليمها خالية الى المشتري في الميعاد المتفق عليه إلا أنه لا يعتبر مانعا من قبيل الاستحالة المطلقة التي تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلا إذ ليس في القانون ما يحول دون أن ينقل البائع ملكية الأرض المبيعة وتسليمها خالية الى المشتري في الميعاد المتفق عليه إلا أنه لا يعتبر مانعا من قبيل الاستحالة المطلقة التي تجعل الالتزام بنقل الملكية ذاته مستحيلا إذ ليس في القانون ما يحول دون أن ينقل البائع ملكية الأرض المبيعة الى مشتريها دون المباني المقامة عليها ودون تسليمها " (الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/١٢/٢) وبأنه " الفسخ القانوني يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه ، فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له"(الطعن رقم ١٩١٩ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٢)

- **ولا تتوافر الاستحالة المطلقة من مجرد وجود مانع مؤقت من الوفاء العيني . إنما يترتب على هذا المانع المؤقت عدم تنفيذه في فترة الاستحالة أى مجرد وقت العقد ، على أن يعود تنفيذه عند زوال المانع** . (عبد الفتاح عبد الباقي ص٦٥١ ، عزت حنورة ص٢٣٨ ، محمود زكي ص٢٠٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن" من مقتضى القواعد العامة في القانون المدني أن الالتزام ينقضي إذا أصبح الوفاء به مستحيلا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ، وأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ولئن كان مقتضى تطبيق هذه القواعد على عقد العمل أن تجنيد العامل يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا على العامل ، ومن ثم ينفسخ عقد العمل من تلقاء نفسه بمجرد تجنيد العامل ، إلا أنه لا مانع يمنع من اتفاق طرفى العقد على الإبقاء عليه ووقف نشاطه في فترة التجنيد حتى إذا انتهت عاد الى العقد نشاطه واستمر العامل فقي عمله تنفيذا لهذا العقد" (الطعن رقم ٤٥٠ لسنة٣٥ق جلسة ١٩٧٢/٣/٢٥) وبأنه " وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ بمظنة أنها من أموال أسرة محمد علي ليس إلا حادث طارئا يترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن تم تنفيذه من التزامات الطرفين

بصفة مؤقتة دون أن يتمخض عن استحالة قانونية دائمة تقضي الى انقضاء هذه الالتزامات وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها ، ومن ثم فلا يكون لذلك الطارئ من أثر على قيام العقد في فترة التحفظ ويبقى العقد شريعة تحكم العلاقة لين الطرفين فإذا كان الطاعنون (البائعون) قد أقاموا دعواهم بعد رفع التحفظ وبعد أن استقرت العلاقة بين الطرفين بإبرام العقد النهائي ، مطالبين المشتري بثمار المبيع على أنها من حقهم فإن استنادهم في الدعوى الى قاعدة الإثراء بلا سبب يكون غير صحيح في القانون ذلك أن الحق في هذه الثمار أثر من آثار عقد البيع وهى للمشتري من وقت قيام البيع ومن ثم فلا يعد حصوله عليها إثراء بلا سبب"(الطعن رقم ٢٠١ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/٢/٢٠) وبأنه " بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدي الى انفساخ هذا العقد ولا يسوغ في ذاته الفسخ إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشئ المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع ذلك أن الهلاك الذي نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدني القديم المقابلة للمادة ٤٣٧ من القانون الجديد هو زوال الشئ من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادق مادي بفعل إنسان ، أما بيع الشئ بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقتي قصد به صيانة الشئ المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضي بالتسليم إليه ونقل النزاع الذي كان دائرا حول عين معينة الى بدليها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذي ينصرف إليه أثر عقد البيع " (الطعن رقم ٧٤ لسنة ٢٣ق جلسة ١٩٥٧/٢/٢١) وبأنه " لا يمنع قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٤٦ الصادر استنادا الى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ بشأن لائحة إجراءات وزارة الأوقاف والذي ناط بالهيئة القضائية بالوزارة القيام بجميع الإجراءات القانونية في القضايا التي ترفع منها أو عليها من أن تعهد تلك الوزارة الى غير هيئتها القضائية بالقيام بمثل هذه الأعمال ، ومن ثم فليس في أيلولة النظر على الوقف الى وزارة الأوقاف بموجب القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ وما يتبع ذلك من اختصاص الهيئة القضائية للوزارة بالقيام بالأعمال القضائية ما يعتبر في حكم المادة ٣٧٣ من القانون المدني قوة قاهرة يستحيل معها على المحامي المتعاقد مع الوقف من قبل ، القيام بالتزاماته حتى يمكن القول تبعا لذلك بانقضاء

التزام الوزارة بالوفاء بالأجر إعمالا لنص المادة ١٥٩ من القانون المدني" (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/١)

غير أن الاستحالة المطلقة قد تتوافر رغم وقتية المانع من الوفاء العيني وذلك في الحالات التي يكون فيها الميعاد المحدد للوفاء محل اعتبار ، ومن ثم فإن تجنيد العامل في الميعاد المحدد لقيامه بالعمل ، يعد قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فينفسخ العقد بمجرد تجنيد هذا العامل ، إلا أنه لا يمنع في مثل هذه الحالة أن يتفق الطرفان على الإبقاء على العقد دون انفساخ وتأجيل تنفيذه الى ما بعد انتهاء فترة التجنيد . (عزت حنورة ، مرجع سابق ص٢٣٨)

- **وإذا انفسخ العقد بحكم القانون ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق فيعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد** :

وقد قضت محكمة النقض بأن " قضاء هذه المحكمة أن عقد البيع ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين " (الطعن رقم ٢٥٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

- **استحالة تنفيذ الالتزام ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد** :

إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام قبل انعقاد العقد ، فإن هذا العقد لا يكون قد انعقد أصلا ، ويضحى باطلا لاستحالة محله . (بدوي ص٤٦٩ ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع موضوع النزاع والتسليم على أن الطاعن أخل بالبند السابع منه بتجزئة قطعة الأرض محله وذلك ببيعه نصف هذه المساحة لآخرين واستدل على ذلك بعقد بيع صادر من الطاعن لآخرين بتاريخ ١٩٨٠/١١/١ مع أن ذلك العقد سابق في تاريخه ووجوده على العقد موضوع النزاع فإنه يكون قد رتب جزاء الفسخ على تصرف سابق على وجوده واعتبره إخلالا بشروطه بما يصلح سندا لفسخه مع أن الإخلال بالالتزام لا يكون إلا تاليا لوجوده على نحو مخالف لشروطه مما يعيب

الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال " (طعن رقم ١١٣١ لسنة ٦٨ق جلسة ١٩٩٩/١٠/٢٦)

- **انفساخ العقد لا يمنع من المطالبة بالتعويض** :

الاستحالة إذا رجعت الى تقصير المدين كان للدائن مطالبته بالتعويض إما على أساس المسئولية العقدية وفي هذه الحالة يبقى العقد قائما وإما أن يطالبه بفسخ العقد مع التعويض . (السنهوري ص٥٩٦ ، عبد العزيز ص ١١٣٨ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " يعتبر الفسخ واقعا في العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه، ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع ، بخروج المبيع من ملكه ويجعله مسئولا عن رد الثمن ، ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات إذا كانت الاستحالة بتقصيره ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد جعل الطاعنة (البائعة) مسئولة عن رد الثمن بسبب استحالة التنفيذ بعد انتقال ملكية الأطيان المبيعة الى الغير بعقد البيع المسجل ، ثم رتب على فسخ البيع إلزام البائع برد الثمن ، فإن الحكم يكون مقاما على أسباب تكفي لحمل قضائه ، ولا عليه إن هو أغفل الرد على ما تمسكت به الطاعنة (البائعة) في دفاعها من عدم جواز مطالبتها بالثمن قبل طلب الفسخ "(طعن رقم ٣٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧١/٦/٣) وبأنه" ينفسخ حتما عقد البيع باستحالة تنفيذه ، يستوي في ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشتري أو بتقصير البائع ، ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد المتعاقدين على الآخر ، فإذا كان المشتري قد أنذر البائع له وكلفه الحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينهما ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمي قابل للتسجيل ، وبسبب مطل المدعى عليه وتسويفه لم لحكم نهائيا للمدعى إلا بعد نزع ملكية المبيع جبرا ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتهن ، فإن هذا يكفي لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشتري للبائع رسميا بالوفاء بالتزامه مما ينفسخ البيع حتما من تاريخ نزع الملكية، ويجعل البائع مسئولا عن النتائج التي رتبت على هذا الفسخ من رد الثمن من التضمينات ، فإذا حكمت المحكمة في هذه الحالة برفض طلب المدعية التضمينات واسترداد ثمن البيع استنادا الى قيام الى الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبرا من ملك البائع كان حكمها خاطئا متعينا نقضه " (طعن رقم ٤٠ لسنة ٨ق جلسة ١٩٣٨/١٢/١٥)

- **سلطـة محكمـة الموضـوع** :

فقد قضت محكمة الـنقض بـأن" المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن عقد البيع ينفسخ حتما من تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ أحد المتعاقدين بسبب أجنبي ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه عملا بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين . إذ كان ذلك ، وكان الحكم الابتدائي الذي أحال الحكم المطعون فيه الى أسبابه قد انتهى الى هذه النتيجة حين ذهب الى أن استحقاق الغير لعقار النزاع بالشفعة يقتضي فسخ عقد البيع الصادر بشأنه من الطاعن وبالتالي فإنه يلزم برد الثمن الى المطعون ضدهما بالتطبيق للمادة ١٦٠ من القانون المدني ، وكان ما استخلصه سائغا له أصله الثابت من الأوراق ومؤديا الى ما انتهى إليه ولا مخالفة فيه للقانون ، فإن النعي على الحكم المطعون فيه يكون على غير أساس " (طعن رقم ٥٧٤ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٠/٦/٢١) وبأنه " متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية فإن البحث في توافرها يعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض " (الطعن رقم ٣٧ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٢/١١/١) وبأنه" إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد إبرام بهد صدور قانون تقسيم الأراضي رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وأن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعا كأثر من آثار هذا القانون فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ فإن ذلك يكون استخلاصا موضوعيا سائغا لا رقابة لمحكمة النقض عليه "(الطعن رقم ٤٤٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٦/٢٨)

وتنص المادة ١٦٠ مدني على أن" إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " .

- **عودة المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد (الأثر الرجعي للفسخ)** :

يترتب على فسخ العقد ، سواء كان الفسخ بحكم القاضي أو بمقتضى الاتفاق ، آثار قانونية واحدة تتمثل في أن العقد لا يزول فقط من وقت الفسخ بل من وقت التعاقد أى أن زوال العقد يرتد أثره الى وقت إبرامه ، وهوما يعني أن للفسخ أثرا

رجعيا ، فيعتبر العقد كأن لم يكن فيما بين العاقدين والغير ، وإعمال الأثر الرجعي للفسخ يقضي إعادة المتعاقدين الى حالتهما التي كانا عليها قبل التعاقد ، إن كان هذا ممكنا ، ولذلك فإن الأثر الرجعي للفسخ لا يقع على العقود الزمنية ، إذ يقتصر أثر الفسخ فيها على المستقبل ، أما آثار العقد قبل الفسخ فتظل كما هي . (السنهوري بند ٢٩٧ ، شرف الدين بند ٢٢٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المادة ١٤٢ من القانون المدني تنص على أنه " في حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ....." ، كما أن مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد باثر رجعي منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للآخر ، ويقوم استرداد الطرف الذي نفذ التزامه ما سدده للآخر من مبالغ في هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الأمر الذي أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدني بنصها على أنه يصح استراد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق " (طعن رقم ٣٩٤٢ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/١/٦) وبأنه " التسليم هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات إذ العبرة فيه بحقيقة الواقع وإذ خالف الثبات بالأوراق ومؤدى نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أنه إذا فسخ العقد سقط أثره بين المتعاقدين واعتبر كأن لم يكن وأعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وأن الريع يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار ويلزم به من ارتكب العمل غير المشروع وهو الغصب وأن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير عمل الخبير ولها أن تأخذ بالتقرير كله أو أن تأخذ ببعض ما جاء به وإطراح البعض الآخر " (طعن رقم ٢٥٥١ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٥/١٥) وبأنه " النص في المادة ١٦٠ من القانون المدني على أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض " ، وفي المادة ١٨٢ منه على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق ، وفي المادة ١٨٧ منه على أن تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد مفاده أن فسخ العقد يترتب عليه انحلاله بأثر رجعي

منذ نشئوه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شئ الى ما كان عليه من قبل ، وأن حق البائع في استرداد المبيع من المشتري يقوم تبعا لذلك على أساس استرداد ما دفع بغير وجه حق ، ولا تكون المطالبة باسترداد المبيع أو بالتعويض عنه في حالة استحالة رده كأثر من الآثار المترتبة على الفسخ ممكنة إلا بعد التقرير به بحكم نهائي إذ من هذا التاريخ يبدأ سريان التقادم القصير المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني " (طعن رقم ١٠٣٨ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٨) وبأنه " للدائن الذي أجيب الى فسخ عقده أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه بإهمال أو تعمد وينبني التعويض على أساس المسئولية التقصيرية وليس على أحكام المسئولية العقدية ذلك أن العقد بعد أن يفسخ لا يصلح أساس لطلب التعويض وإنما يكون أساسه هو خطأ المدين ، وتخضع دعوى التعويض الناشئة عنه لقواعد المسئولية التقصيرية عليه في المادة ١٧٢ من القانون المدني بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه " (طعن رقم ١٦٤٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٥) وبأنه" يترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد المشتري المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه ، ويرد البائع الثمن وفوائده ، وإذ كان الثابت أن المطعون عليهما قد اقاما دعواهما طالبين الحكم بفسخ عقد البيع الصادر لهما من المرحوم .... الذي يمثله الطاعن لاستيلاء الإصلاح الزراعي على الأطيان موضوع العقد في يونيو سنة ١٩٥٨ اعتبارا من أول نوفمبر سنة ١٩٥٥ وبتعويضهما عن الأجرة التي دفعاها الى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي عن المدة من سنة ١٩٥٥ حتى سنة ١٩٥٨ ، وكان يترتب على هذا الاستيلاء انفساخ العقد حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة نقل الملكية إليهما ، فإنه يكون عليهما وقد انفسخ العقد أن يردا الثمار الى البائع عن المدة السابقة على استيلاء الإصلاح الزراعي على الأرض مقابل رد البائع ما عجل من الثمن وفوائده حتى تاريخ الاستيلاء ، أما بعد هذا الاستيلاء فإن وضع يد المطعون عليهما على الأطيان لا يكون مستندا الى أية رابطة تربطهما بالطاعن بعد أن انفسخ عقده ، وآلت الملكية للإصلاح الزراعي بحكم القانون الأمر الذي يترتب عليه قيام علاقة جديدة بين المطعون عليهما والإصلاح

الزراعي من تاريخ الاستيلاء ولا شأن للطاعن بالأطيان مادام أنه لا خلاف في أن المطعون عليهما الأولين هما اللذان كانا يضعان اليد عليها في المدة من أول نوفمبر سنة ١٩٥٥ حتى آخر أكتوبر سنة ١٩٥٨ ، ومن ثم يكون الحكم المطعون فيه إذ قضى للمطعون عليهما ضد الطاعن بمبلغ .... تعويضا عن أجرة الأطيان المستحقة للإصلاح الزراعي في المدة المذكورة التالية لانفساخ العقد قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٥٦٨ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/١١/٢١) وبأنه" مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه ، ويعتبر كأن لم يكن فيسترد كل متعاقد ما قدم للآخر ، ويقم استرداد الطرف الذي نفذ التزامه ما سدده للآخر من مبالغ في هذه الحالة على استرداد ما دفع بغير حق الأمر الذي أكدته المادة ١٨٢ من القانون المدني بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق . لما كان ذلك ، وكانت المادة ٣/١٨٥ من القانون المدني تلزم من تسليم غير المستحق برد الفوائد من يوم رفع الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ ألزم الطاعن بالفوائد اعتبارا من تاريخ قيد صحيفة الدعوى موضوع الطعن بقلم كتاب المحكمة المنظورة أمامها فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون "(الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٦/٦) وبأنه " المقرر أن ما يلزم كل طرف من أطراف العقد المفسوخ برده الى الآخر في هذه الحالة إنما هو عين ما أعطى لا ما يقابله مادام ذلك غير مستحيل " (الطعن رقم ٤٤٥٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/٧/١٩) وبأنه " يدل نص المادة ١٦٠ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أنه يترتب على فسخ عقد البيع انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة الى البائع وأن يرد الى المشتري ما دفعه من الثمن " (الطعن رقم ٤٤٥٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٢/٧/١٩)

وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأن " مقتضى انحلال العقد بأثر رجعي نتيجة للفسخ هو – وعلى ما سلف القول – أن يسترد كل متعاقد عين ما قدمه لا ما يقابله ، ولازم ذلك أنه وقد فسخ العقد محل النزاع وملحقه لإخلال الطاعن بالتزاماته الناشئة عنهما فإنه يحق للمطعون ضدها استرداد ما دفعته إليه من مبالغ وبذات العملة المسددة بها أى بالدولارات الأمريكية وليس بما يعاجلها من العملة المحلية ،

وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بإلزام الطاعن بأن يؤدي للمطعون ضدها مبلغ ٩١٠٢٣٠ دولارا أمريكيا ، فلا تكون به حاجة الى بيان سعر الصرف الذي يتم على أساسه تحويل المبلغ المقضي به الى العملة المحلية لأن محل الإلزام هو ذات العملة الأجنبية وليس ما يقابلها وفي ذلك ما يكفي للتعريض بقضاء الحكم وينأى به عن التجهيل " (الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦) وبأنه " إذ كانت المادة ١٤ من القانون رقم ١٤٢ لسنة ١٩٤٤ – بفرض رسم أيلولة على التركات – تقضي بأن" يستبعد من التركة كل ما عليها من الديون والالتزامات إذا كانت ثابتة بمستندات تصلح دليلا على المتوفى أمام القضاء " ، وكان مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه ويعتبر كأن لم يكن ويعاد كل شئ الى ما كان عليه من قبل وبالتالي فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة الى البائع وأن يرد الأخير ما قبضه من الثمن.... وإذ كان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه ومن الصور الرسمية للأحكام النهائية الصادرة من محكمة طنطا الابتدائية بتاريخ ...... في الدعاوى ...... مدني كلي طنطا المرفقة بملف الطعن – أن المحكمة قضت فيها بفسخ عقود البيع الصادرة من مورث الطاعنين وبإلزام هؤلاء بأن يدفعوا من تركة مورثهم قيمة ما دفعه كل مشتر من ثمن – وجملة ذلك مبلغ ٥٠٨٥.٠٦٠ – فإنه يكون من حق الطاعنين طلب استبعاد المبلغ المشار إليه من أصول التركة باعتباره دينا على المتوفى ثابت بأحكام قضائية نهائية ولا يغير من ذلك أن أمر هذا الدين لم يعرض على لجنة الطعن لأن الأمر يتعلق بمسألة قانونية لا يجوز الاتفاق على خلاف ما يقضي به القانون في شأنها " (الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/١١/٣) وبأنه " مؤدى نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أنه إذا فسخ العقد سقط أثره بين المتعاقدين واعتبر كأن لم يكن وأعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه" ، (الطعن رقم ١٣١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٧) وبأنه" المشرع وإن كان قد أجاز للمشتري – طبقا للمادة ٤٤٣ من القانون المدني – الرجوع على البائع له – في حالة استحقاق المبيع – بضمان الاستحقاق إلا أنه لم يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه وهوما اشارت إليه المادة السابق ذكرها بقولها "كل هذا ما لميكن رجوع المشتري مبنيا على

المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله" — ومن مقتضى ذلك أنه في حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التي نصت عليها المادة ١٦٠ من القانون المدني وهي أن يعود المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلك بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه " (الطعن رقم ١٩٣ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٨/١٥) وبأنه " النص في المادة ١٦٠ من القانون المدني يدل وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أنه يترتب على فسخ عقد البيع انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه بحيث تعود العين المبيعة الى البائع — بالحالة التي كانت عليها وقت التعاقد — وأن يرد الى المشتري ما دفعه من الثمن " (الطعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٨) وبأنه" مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي منذ نشوئه ، ويعتبر كأن لميكن ويعاد كل شئ الى ما كان عليه من قبل ، وبالتالي فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة الى المطعون عليه — البائع — وأن يرد الأخير ما قبضه من الثمن " (الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/١٠/١٩) وبأنه "متى كان الطاعن — البائع — قد أخل بالتزامه بتسليم البضاعة فيما عدا خمسين طنا ، وقضى تبعا بفسخ العقد فلا محل لأن يطالب الطاعن بالإبقاء على مقدم الثمن الذي استلمه بل يتعين عليه رده عملا بما تقضي به المادة ١٦٠ من القانون المدني من أن الفسخ يعيد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلك بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه ، ولا يجوز للطاعن بالتالي أن يطالب بتكاليف إعداد البضاعة للتصدير وهو لم يقم بتسليمها" (الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٧٤/١٢/٣)

- **أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين** :

يترتب على الفسخ اعتبار العقد كأن لم يكن ، ويعود المتعاقدان الى حالتهما التي كانا عليها قبل العقد ، أى تزول كافة الآثار التي رتبها العقد منذ لحظة إبرامه ، فيرد كل منهما ما تسلمه بموجب العقد، فإذا كان العقد بيعا وفسخ رد المشتري المبيع وثماره الى البائع ورد هذا الأخير الثمن وفوائده الى المشتري ، والتزام كل متعاقد برد ما أعطى له بموجب العقد أى استرداد كل متعاقد لما أعطاه . إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون وجه حق أى قواعد استرداد غير المستحق ، ولذلك يسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله ، ويعتبر المشتري حسن النية أو سيئها تبعا لما

إذا كان الفسخ حكم به له أو عليه . (السنهوري ، الوجيز ص٢٨٦ هـ٣ ، جمال زكي بند ٢٢٠ ص٤١٠) ويحق للمتعاقد استرداد ما سدده من عملة أجنبية بذات العملة المسددة وليس بما يعاجلها بالعملة المحلية . (حسام الأهواني ص٥٩٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن" حق الواهب في استراد المال الموهوب في حالة تحقق الشرط الفاسخ للهبة يقوم على أساس استرداد ما دفع بغير وجه حق وقد أكدت المادة ١٨٢ من القانون المدني هذا المعنى بنصها على أنه يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام زال سببه بعد أن تحقق ، إلا أنه لما كان الثابت أن المطعون عليه رفع دعواه بطلب رد المبلغ الموهوب ، وكان الطاعن قد نازعه في ذلك وكان رد المبلغ لا يقضي به في هذه الحالة إلا كأثر من الآثار المترتبة على انفساخ العقد طبقا للمادة١٦٠ من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، وكانت دعوى الفسخ لا تخضع للتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ١٨٧ من القانون المدني ولا تتقادم إلا بمضى خمس عشر سنة، فإنه طالما يكون للواهب أن يرفع هذه الدعوى فإنه يكون له أن يطالب بالآثار المترتبة عليها ومنها رد المال الموهوب إذ لا يكون هذا المال مستحق الأداء ممكنا المطالبة به إلا بعد تقرير الفسخ ، إذ كان ذلك فإن النعى على الحكم بالخطأ في تطب)يق القانون يكون على غير أساس" (الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٣/١٦)

- **استثناء عقود المدة من الأثر الرجعي للفسخ** :

تستثنى عقود المدة، سواء العقود المستمرة أو العقود الدورية التنفيذ كالإيجار والعمل والتوريد، من الأثر الرجعي للفسخ لأن طبيعة هذه العقود تستعصى على فكرة الأثر الرجعي ، لأن الزمن فيه مقصود لذاته يعتبره أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه، وعلى ذلك فإن ما تم من العقد قبل الفسخ يبقى قائما محتفظا بآثاره، فلا يفسخ العقد إلا بالنسبة الى ما بقى منه بعد وقوع الفسخ ، ومن ثم تكون الأجرة المستحق عن المدة السابقة على تحقق شرط الفسخ الاتفاقي أو الحكم النهائي بالفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض ، فيضمنها امتياز المؤجر ، تمييزا له عن الفسخ العادي أى ذاك الذي يزيل العقد بالنسبة للماضي والمستقبل على حد سواء . (السنهوري ص٥٨٦ ، الصدة ص٤٠٦ ، عبد الفتاح عبد الباقي ص٦٤٠ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ١٦٠ من القانون المدني على توافر الأثر الرجعي للفسخ ، إلا أن المقرر بالنسبة لعقد الإيجار وهو من عقود المدة فإنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي ، لأن الأمر فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء في تنفيذه فإن آثار العقد التي أنتجها قبل الفسخ تظل قائمة عمليا ، ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض ، ولا يعد العقد مفسوخا إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ، إلا أن الأمر يختلف إذا كان عقد الإيجار لم يتم تنفيذه ولم يتسلم المستأجر العين المؤجرة فإن تقاعس المؤجر عن تنفيذ التزامه بتسليم العين المؤجرة يوجب فسخ العقد متى طلب المستأجر ذلك ويرد الطرفان الى الحالة التي كانا عليها عند التعاقد وللمستأجر أن يسترد ما دفعه لحساب الأجرة التي سوف تستحق عليه عند تنفيذ العقد " (الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٩١/٤/١١) وبأنه " الفسخ يرد على كافة العقود الملزمة للجانبين سواء أكانت من العقود الفورية أم كانت من العقود الزمنية غير محددة المدة ، ويترتب على الحكم به انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن غير أن الأثر الرجعي للفسخ لا ينسحب على الماضي إلا في العقود الفورية أما في غيرها فلا يمكن إعادة ما نفذ منها " (الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٨٩/٣/٦) وبأنه " من المقرر أن فسخ عقد الإيجار اتفاقا أو قضاء – بعد البدء في تنفيذه – وخلافا للقواعد العامة لا يكون له أثر رجعي إذ يعتبر العقد مفسوخا من وقت الاتفاق عليه أو الحكم النهائي بفسخه ، لأن طبيعة العقود الزمنية ومنها عقد الإيجار تستعصى على هذا الأثر ويبقى عقد الإيجار بالنسبة للمدة التي انقضت من قبل قائما بحكم العلاقة بين الطرفين في شأن ادعاء أى منهما قبل الآخر بعدم تنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد خلال تلك المدة باعتبار أن أحكام العقد – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هى وحدها التي تضبط كل علاقة بين الطرفين بسبب العقد سواء عند تنفيذه تنفيذا صحيحا أو عن الإخلال بتنفيذه ، فلا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية التقصيرية في مقام العلاقة العقدية، لأن في ذلك إهدار لنصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عن عدم تنفيذه مما يخل بالقوة الملزمة له . لما كان ذلك ، وكان الحكم

المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأقام قضاءه بتأييد الحكم المستأنف على أن تعديل طلبات المطعون عليه يعتبر منه تسليما بفسخ عقد الإيجار موضوع الدعوى ورتب على ذلك إعماله قواعد المسئولية التقصيرية بدلا من قواعد المسئولية العقدية ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون "(الطعن رقم٤٧٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٨١/٢/١٠) وبأنه " الحكم بفسخ عقد الشركة خلافا للقواعد العامة في الفسخ ليس له أثر رجعي وإنما تنحل الشركة بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها في الماضي فإنها لا تتأثر به ، ومن ثم فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ١٦٠ من القانون المدني التي توجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كتنا عليها قبل التعاقد " (الطعن رقم ١٩٨ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٠)

وقد قضت أيضاً محكمة النقض بأن" إذا حكم القاضي بفسخ عقد الشركة فإن هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة في الفسخ لا يكون له أثر رجعي ، إنما تحل الشركة بالنسبة للمستقبل ، أما قيامها وأعمالها في الماضي فإنها لا تتأثر بالحل ، وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ١٦٠ من القانون المدني والتي توجب إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة فسخه مما يقتضي أن يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذا للعقد ، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة حلها وتصفية أموالها وقسمتها بالطريقة المبينة في العقد، وعند خلوه من حكم خاص تتبع في ذلك الأحكام الواردة في المادة ٥٣٢ من القانون المدني وما بعدها ، وقبل إجراء تصفية الشركة لا يجوز للشريك أن يسترد حصته في رأس المال لأن هذه التصفية هى التي تحدد صافي مال الشركة الذي يجوز قسمته بين الشركاء ، وتكون من ثم دعوى المطعون ضده في خصوص استرداد حصته في رأس مال الشركة قبل حصول التصفية غير مقبولة لرفعها قبل الأوان " (الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٦٩/٦/١٢) وبأنه " النص في المادة ١٦٠ من القانون المدني على أنه " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ..." ، قطعي الدلالة على الأثر الرجعي للفسخ ، وعلى شموله العقود كافة ، إلا أنه من المقرر بالنسبة لعقد المدة أو للعقد المستمر والدوري التنفيذ –كالإيجار – أنه يستعصى بطبيعته على فكرة الأثر الرجعي ، لأن الزمن فيه مقصود لذاته باعتباره أحد عناصر المحل الذي ينعقد عليه ، والتقابل بين الالتزامين فيه يتم على دفعات بحيث

لا يمكن الرجوع فيما نفذ منه ، فإذا فسخ عقد الإيجار بعد البدء في تنفيذه ، فإن آثار العقد التي أنتجها قبل الفسخ تظل قائمة عمليا ويكون المقابل المستحق عن هذه المدة له صفة الأجرة لا التعويض ، ولا يعد العقد مفسوخا إلا من وقت الحكم النهائي الصادر بالفسخ لا قبله ويعتبر الفسخ هذا بمثابة إلغاء للعقد في حقيقة الواقع" (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧) وبأنه " وإن كان القضاء بفسخ عقد الإيجار ليس له من أثر رجعي ، إلا أنه لما كان الثابت أن عقد الإيجار كان وقت التصرف ببيع المقهى الى الطاعنة قابلا للفسخ وانتقل إليها محملا بهذا العيب ، وكان هذا التصرف ليس من شأنه أن يسقط حق المؤجر في طلب الفسخ لمخالفة ارتكبها المستأجر الأصلي قبل حصوله ، فإنه يترتب عليه انقضاء جميع التصرفات الناشئة عنه " (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

- **ويسري على الانفساخ بحكم القانون لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي ذات آثار الفسخ ، ويتحمل تبعة الاستحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذه :**

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ١٥٩ من القانون المدني أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إذا انقضى الالتزام باستحالة تنفيذه ، وكانت هذه الاستحالة ترجع الى سبب أجنبي والمقرر أن انفساخ العقد بحكم القانون يترتب عليه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضي أو بحكم الاتفاق فيعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد طبقا لما تقضي به المادة ١٦٠ من القانون المدني " (الطعن رقم ١٨٨ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٨) وبأنه " عقد البيع ينفسخ حتما ومن تلقاء نفسه طبقا للمادة ١٥٩ من القانون المدني بسبب استحالة تنفيذ التزام أحد المتعاقدين لسبب أجنبي ، ويترتب على الانفساخ ما يترتب على الفسخ من عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ويتحمل تبعة الاستحالة في هذه الحالة المدين بالالتزام الذي استحال تنفيذ عملا بمبدأ تحمل التبعة في العقد الملزم للجانبين ، فإذا أثبت الحكم المطعون فيه أن التزام الطاعن بنقل ملكية العين المبيعة قد صار مستحيلا بسبب الاستيلاء عليها لديه تنفيذا للقانون رقم ١٢٧ لسنة١٩٦١ بتعديل قانون الإصلاح الزراعي ، فإنه يكون بذلك قد أثبت أن استحالة تنفيذه هذا الالتزام ترجع الى سبب أجنبي ، وإذ كان وقوع الاستحالة لهذا السبب الأجنبي لا يعفى الطاعن من رد الثمن الذي قبضه ، بل أن

هذا الثمن واجب رده في جميع الأحوال التي يفسخ فيها العقد أو ينفسخ بحكم القانون ، وذلك بالتطبيق لحكم المادة ١٦٠ من القانون المدني ، ويقع الغرم على الطاعن نتيجة تحمله التبعة في انقضاء التزامه الذي استحال عليه تنفيذه ، وكان لا ينفي هذه الاستحالة أن المطعون عليه استمر يضع اليد على القدر المبيع ، ذلك أن واضع اليد على الأرض المستولى عليها يستمر – بحكم القانون – في وضع يجه عليها ، ويعتبر مكلفا بزراعتها مقابل دفعه سبعة أمثال الضريبة سنويا الى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي حتى تقوم هذه الهيئة باستلامها فعلا ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بإلزام الطاعن برد الثمن تأسيسا على انفساخ العقد لاستحالة تنفيذ الطاعن التزامه بنقل الملكية ، يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ، ويكون غير منتج دفاع الطاعن بأن المطعون عليه هو الذي أهمل في تسجيل عقده أو في التقدم الى اللجنة القضائية للإصلاح الزراعي للاعتداد بهذا العقد"(الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٣/٢)

- **أثر الفسخ بالنسبة للغير** :

القاعدة أنه يحتج بالأثر الرجعي للفسخ على الغير ممن تربطه علاقة بأحد العاقدين في العقد الذي فسخ وذلك تبعا لزوال أثره في العلاقة بين المتعاقدين ، ويترتب على ذلك أن يتأثر الغير بهذا الفسخ إذا كان قد تلقى حقا من أحد المتعاقدين على الشئ موضوع العقد قبل فسخه ، إذ يزول هذا الحق تبعا للفسخ ، فإذا كان العقد بيعا وباع المشتري العين الى آخر أو رتب عليها حقا عينيا كرهن أو ارتفاق ، ثم فسخ العقد الأصلي استرد البائع العين خالية من أى حق عليها للغير ، ولا يخفى أن إعمال الأثر الرجعي للفسخ في مواجهة الغير يمثل خطرا كبيرا على هذا الغير الذي تلقى حقا من أحد أطراف العقد الذي فسخ ، ولمواجهة هذا الخطر فقد وضع المشرع عدم أحكام لتوفير الحماية للغير ، فمن جهة إذا كان الشئ محل التعاقد عقارا فإنه يجب تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها على هامش تسجيل العقد المطلوب فسخه حتى يكون الحكم بالفسخ حجة على من يكتسب حقا عينيا بحسن نية بعد رفع دعوى الفسخ، أما إذا كسب الغير حقا عينيا على العقار قبل تسجيل دعوى الفسخ، فإن حق هذا الغير يسري في حق البائع إذا كان هذا الغير حسن النية أى لا يعلم وقت أن كسب حقه بوجود سبب للفسخ .

ويلاحظ أن المشرع قد نظم شهر صحيفة دعوى الفسخ في مجال الملكية العقارية ، الأمر الذي يترتب عليه علم المشتري بكافة الدعاوى التي تهدد ملكية المتصرف ، ومن جهة ثانية إذا كان الشئ محل التعاقد منقولا وتسلمه الغير حسن النية كان له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز ، فهذه القاعدة ، وهى سند الملكية ، توفر الحماية للغير فالمشتري الحائز يستطيع التمسك بهذه القاعدة في مواجهة البائع وتكون الحيازة سبب ملكيته ، ومن جهة ثالثة إذا كسب الغير حقا بمقتضى عقد من عقود الإدارة كالإيجار ، بقى هذا الحق قائما رغم فسخ العقد سند الصادر في القيام بأعمال الإدارة ، حيث تنفذ في مواجهة المتعاقدين أعمال الإدارة التي يجريها أحدهما قبل وقوع الفسخ ، فالإيجار الذي يبرمه المشتري يظل قائما ونافذا أى أن حق المستأجر يظل قائما ونافذا رغم فسخ عقد البيع ، فأعمال الإدارة لار تهدد رأس المال ولا تؤثر في حقوق المتعاقد الذي يسترد المال أو الشئ موضوع العقد الذي فسخ ، لكن يشترط في الغير أن يكون حسن النية أى لا يعلم وقت أن كسب حقه بما يهدد سند المتعاقد معه من أسباب الفسخ . (السنهوري ص٢٢٨ هـ١ ، حسام الأهواني ، مرجع سابق ، الصدة ص٤٠٧ ، شرف الدين ص٤٧٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كانت المادة ١٦٠ من القانون المدني تنص على أنه إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وكان يترتب على الفسخ انحلال العقد بالنسبة الى الغير بأثر رجعي فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة الى البائع ولا تنفذ في حقه التصرفات التي ترتبت عليها كما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن بدعوى مستقلة إذا امتنع هذا البائع عن رده إليه وذلك كأثر من آثار فسخ العقد " (الطعن رقم ١٨٨ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/٣/٢٤)

- **عدم سريان أثر الفسخ في عقود المدة على الماضي يتقيد بالحكمة التي أدت إليه ، وهى تعذر إزالة ما تم من أثر العقد في الماضي . أما إذا أمكن إزالة أثر العقد المستمر فإن القاعدة العامة في رجعية أثر الفسخ تنطبق :**

وقد قضت محكمة النقض بأن " بيع المتجر وفق المادة ٢/٥٩٤ من التقنين المدني من شأنه – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن ينقل حقوق

المستأجر والتزاماته للمتنازل إليه بما في ذلك عقد الإيجار ، ويصبح بدوره مستأجرا مثله بموجب البيع ، فيحل مشتري الجدك محل المستأجر الأصلي فيما له من حقوق وما عليه من التزامات متولدة عن عقد الإيجار ، ويكون للمؤجر المتمسك قبله بالدفوع التي كان يحق له إبداؤها في مواجهة المستأجر الأصلي عند حصول التنازل ، وينتقل عقد الإيجار الى المشتري محملا بما يشوبه من أسباب الفسخ أو البطلان " (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧) وبأنه " القضاء بفسخ عقد الإيجار ليس له من أثر رجعي ، إلا أنه لما كان الثابت أن عقد الإيجار كان وقت التصرف ببيع المقهى الى الطاعنة قابلا للفسخ وانتقل إليها محملا بهذا العيب ، وكان هذا التصرف ليس من شأنه أن يسقط حق المؤجر في طلب الفسخ لمخالفة ارتكبها المستأجر الأصلي قبل حصوله ، فإنه يترتب عليه انقضاء جميع التصرفات الناشئة عنه " (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/٢/٧)

- **ويجوز الحكم مع الرد بالتعويض** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " للدائن الذي أجيب الى فسخ عقده أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعا الى خطئه بإهمال أو تعمد وينبني التعويض على أساس المسئولية التقصيرية وليس على أحكام المسئولية العقدية ذلك أن العقد بعد أن يفسخ لا يصلح أساسا لطلب التعويض وإنما يكون أساسه هو خطأ المدين، وتخضع دعوى التعويض الناشئة عنه لقواعد المسئولية التقصيرية وللتقادم المسقط المنصوص عليه في المادة١٧٢ من القانون المدني بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه " (الطعن رقم ٦٤٣ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٥) وبأنه " التسليم هو واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات إذ العبرة فيه بحقيقة الواقعة وأن خالف الثابت بالأوراق ومؤدى نص المادة ١٦٠ من القانون المدني أنه إذا فسخ العقد سقط أثره بين المتعاقدين واعتبر كأن لم يكن وأعيد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد وأن الريع يعتبر بمثابة تعويض لصاحب العقار المغتصب مقابل ما حرم من ثمار ويلزم به من ارتكب العمل غير المشروع وهو الغصب وأن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير عمل الخبير ولها أن تأخذ بالتقرير كله أو أن تأخذ ببعض ما جاء به وبإطراح البعض الآخر " (الطعن رقم ٢٥٥١ لسنة

٥٥ق جلسة ١٩٩١/٥/١٥) وبأنه " لقاضي الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ، ووجب على البائع رد الثمن من التضمينات ، أن يقدر هذه التضمينات مبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو أن يحتسب عليه الثمن بالفوائد التي يعوض بها على المشتري ما خسره ، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضي إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها في المادة ١٢٤ من القانون المدني القديم الذي يحكم واقعة النزاع " (الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

- **حق الحبس وإجراء المقاصة** :

إذا وقع الفسخ ووجب الرد ، فإنه يكون لكل من المتعاقدين الحق في حبس ما استوفاه من المتعاقد الآخر حتى يرد ما له في ذمته ، كما يجوز له طلب إجراء المقاصة بين ما يستحقه كل منهما قبل الآخر . (المستشار محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن" ثبوت حق المشتري في حبس قيمة الثمار الى أن يستوفى من البائع – بعد فسخ عقد البيع – ما هو مستحق له في ذمته من فوائد ما دفعه من الثمن ، لا يمنع من الحكم بقيمة الثمار المستحقة للبائع على أن يكون تنفيذ هذا الحكم مشروطا بأداء البائع للمشتري ما هو مستحق له في ذمته من فوائد ما قبضه من الثمن من تاريخ هذا القبض حتى تاريخ الوفاء " (الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧) وبأنه " وإن كان يترتب على انفساخ عقد البيع أن يعاد العاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد المشتري المبيع وثماره إذا كان قد تسلمه ويرد البائع الثمن وفوائده ، إلا أن استحقاق البائع لثمار المبيع يقابله استحقاق المشتري لفوائد الثمن وتحصل المقاصة بينهما بقدر الأقل منهما " (الطعن رقم ٢١٧ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢)

- **استحالة إعادة الحال الى ما كان عليه** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان الثابت بالأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الموضوع بعدم إمكان إعادة الحال الى ما كان عليه وتسليمه أرض المطعون ضدهم خالية كأثر من آثار الفسخ وذلك تأسيسا على أن البناء أقيم على هذه الأرض

وأرض أخرى ضمت إليها وبلغت مساحتها جميعها ١٠٢٩ م٢ لا يتجاوز أرض المطعون ضدهم فيها نسبة ٦٠% فقط وأنه لا يتصور تسليم أى جزء من الأرض خالية إلا إذا هدم العقار بأكمله وفي ذلك ضياع للمال وإهداره ، وإذ لم يعين الحكم بإيراد هذا الدفاع وبحثه والرد عليه رغم جوهريته إذ من شأنه لو تحقق أن يغير وجه الرأى في شأن قضائه بالإزالة والتسليم فإن الحكم يكون معيبا بالقصور "(الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ق جلسة ١/٧/٢٠٠٠)

- **إقامة بناء على العين قبل فسخ عقد البيع** :

إذا كان المشتري قد أقام بناء على الأرض المبيعة له ، وفسخ عقد البيع اتفاقا أو قضاء ، فإنه يلتزك برد العين الى البائع عملا بالمادة ١٦٠ مدني ، واعتبر بالنسبة للبناء بانيا بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب من جهته ،وفي هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة في المادة ٩٢٤ مدني التي تقضي بأنه " ١- إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامة هذه المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذا المنشآت . ٢- يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة " ، غير أنه لا يتصور في هذه الحالة إعمال القاعدة الواردة في تلك المادة والتي تقيد حق صاحب الأرض في طلب إزالة البناء بأن يكون طلبه خلال سنة من يوم عمله بإقامة البناء " (المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، عزمي البكري ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " نص المادة ١٦٠ من القانون المدني يدل على أن فسخ العقد اتفاقا أو قضاء يترتب عليه انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن وتعود الحال الى ما كانت عليه قبل العقد وإذا كان العقد بيعا وفسخ رد المشتري المبيع الى البائع ورد البائع الثمن الى المشتري، فإذا كان المشتري قد أقام بناء على العين المبيعة اعتبر بانيا بسوء نية مادام الفسخ قد ترتب بسبب آت من جهته ، وفي هذه الحالة تطبق القاعدة المقررة في المادة ٩٢٤ من القانون المدني التي تنص على أنه

" إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضاء صاحب الأرض ، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذي يعلم فيه بإقامه المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة ، وذلك بالنسبة لحق البائع في طلب إزالة ما يكون المشتري قد أقامه من مبان على الأرض المبيعة أو استبقاؤه مع دفع المقابل ، وكذلك حق المشتري الذي أقام البناء على الأرض التي عادت ملكيتها الى البائع بفسخ العقد وبيان قدر المقابل الذي يستحقه عند إزالة البناء ولا يتصور في هذه الحالة إعمال القاعدة الواردة في تلك المادة والتي تقيد حق صاحب الأرض في طلب إزالة البناء بأن يكون طلبه خلال سنة من يوم علمه بإقامة البناء ، وذلك أنه طالما أن العقد مازال قائما لم يفسخ فلا يتصور إلزام البائع بذلك القيد الزمني عند طلبه الإزالة لأن ذلك لن يكون إلا بعد انحلال العقد، ومن ثم فإن ذلك القيد الزمني في طلب الإزالة لا يسري في حق البائع إلا من تاريخ الحكم النهائي بفسخ العقد إذا كان البائع عالما بإقامة المنشآت قبل ذلك أو من تاريخ علمه بإقامتها إذا كان العلم بعد الفسخ وفي جميع الأحوال فإن حق البائع في طلب الإزالة يسقط بمضى خمسة عشر عاما من تاريخ الحكم إذ كان ذلك فإنه يكون غير منتج النعى على الحكم المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون إذ احتسب مدة السنة من تاريخ علم المطعون عليها ، بإقامة المنشآت قبل فسخ العقد طالما أنه انتهى صحيحا الى رفض الدفع بقسوط حقها في طلب الإزالة " (الطعن رقم ٤٧٢ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥)

وتنص المادة ١٦١ مدني على أن" في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

- **تعريف الدفع بعدم التنفيذ** :

يجوز لكل متعاقد في العقود التبادلية بدلا من طلب فسخ العقد لعدم وفاء العاقد الآخر بتعهداته ، أن يوقف تنفيذ التزامه حتى ينفذ الالتزام المقابل له، وهذا

هو الدفع بعدم التنفيذ ، وهو وسيلة يلجأ إليها العاقد في العقود التبادلية للضغط على العاقد الآخر وحمله على تنفيذ التزامه دون حاجة الى الترافع الى القضاء ، ويعد هذا الدفع في حقيقة الأمر – في معظم الأحوال – تطبيق خاص من تطبيقات الحق في الحبس، وأساس هذا المبدأ هو فكرة السبب ، ذلك أنه لا يتصور إجبار المتعاقد في عقد تبادلي أن يوفى بالتزامه دون أن يكون قد تحقق له غرضه المباشر بقيام المتعاقد الآخر بتنفيذ ما عليه ، ومن هذا كان الأصل في العقد الملزم للجانبين هو تعاصر التنفيذ . (راجع في كل ما سبق سلطان ص٢٨٢ وما بعدها ، الصدة ص٤١٠ ، أبو السعود ص٥٣١ ، أحمد حشمت أبو ستيت ص٣٥٢ ، بهجت بدوي ص٤٩٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن" لئن كانت المادة ١٦١ من التقنين المدني الحالي التي سنت القاعدة المصطلح على تسميتها (الدفع بعدم التنفيذ) ليس لها مقابل في القانون المدني السابق ، إلا أنه كان معمولا بها وقت سريان أحكامه وليست قاعدة مستحدثة " (الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠)

- **الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس** :

الحق في الحبس يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب على الآخر ومرتبط به سواء كان مصدر هذا الارتباط هو العمل القانوني كالعقد أو الواقعة القانونية كالفعل النافع ، ففي البيع مثلا التزام كل متعاقد مرتبط بالتزام المتعاقد الآخر ، ولذا فكل من البائع والمشتري أن يحتبس ما يلزم بأدائه حتى يفي المتعاقد الآخر بالتزامه ، وفي الحيازة يلتزم الحائز كواضع اليد ، برد الشئ الى مالكه ، ولكن إذا كان قد أنفق مصروفات ضرورية أو نافعة على الشئ فله أن يحتبسه حتى يستأدى من المالك ما أنفق من هذه المصروفات ، والعلة في هذا ما بين التزام واضع اليد والتزام المالك من ارتباط ، وفكرة الارتباط هذه هى التي يستند إليها الحق في الحبس والدفع بعدم التنفيذ ، على أن الحق في الحبس يعتبر أعم من الدفع بعدم التنفيذ ، أو بعبارة أخرى أن الدفع بعدم التنفيذ ما هو إلا تطبيق للحق في الحبس في العقود التبادلية. (سلطان ، مرجع سابق ، السنهوري ، مرجع سابق)

- **نطاق الدفع بعدم التنفيذ** :

يقتصر الدفع بعدم التنفيذ باعتباره صورة للحق في الحبس على العقود التبادلية ، وعلى ذلك إذا فسخ العقد التبادلي أو تقرر بطلانه وتعين إعادة الحالة الى ما كانت

عليه قبل التعاقد، كان لكل طرف أن يمتنع عن رد ما تسلمه حتى يرد الطرف الآخر ما أخذه ، وذلك تطبيقا للحق في الحبس لا للدفع بعدم التنفيذ ، لأن العقد لا وجود له بعد تقرير فسخه أو بطلانه . (سلطان ، مرجع سابق ص٢٨٩ ، الصدة ، مرجع سابق)

- **شروط التمسك بعدم الدفع** :

الشرط الأول : أن يكون العقد ملوماً للجانبين : يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين ، أما في غير هذه العقود فلا يكون هناك محل للتمسك بهذا الدفع ، ولذلك يعتبر الدفع بعدم التنفيذ أضيق نطاقا من الحق في الحبس ، إذ الحق في الحبس يوجد أيضا في العقود الملزمة لجانب واحد كما في الوديعة غير المأجورة حيث يكون للمودع عنده أن يحبس الشئ المودع حتى يستوفى ما أنفقه عليه من مصروفات ضرورية لحفظه ، وكذلك يكون الحق في الحبس في حالات غير عقدية أصلا كما لو زال العقد بسبب الإبطال أو الفسخ ، إذ يجب على كل من الطرفين أن يرد ما تحصل عليه من أداء بسبب العقد الباطل أو المفسوخ ، فيجوز لكل منهما أن يحبس ما أخذه إذا لم يرد الطرف الآخر ما تسلمه منه ، فالدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق خاص للحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين ، فإذا خرج عن نطاق هذه العقود الأخيرة كان حقا في الحبس لا دفعا بعدم التنفيذ ، ويجب أن تكون الالتزامات المتولدة عن العقد للجانبين متقابلة أو تبادلية ، حيث يكون هناك شخصان كل منهما دائن للآخر ومدين له والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبط به . ففي نطاق عقد البيع يكون البائع مدينا بتسليم العين المبيعة ودائنا بالثمن ، والمشتري يكون مدينا بالثمن ودائنا بالتسليم ، ومن ثم يحق للبائع أن يمتنع عن التسليم إذا كان المشتري لم يف بالثمن وكذلك يحق لهذا الأخير أن يمتنع عن دفع الثمن إذا كان البائع لم يسلمه العين المبيعة ، الأمر الذي يترتب عليه أن التزامات البائع ، والمشتري يجب أن تنفذ في وقت واحد ما لم يتفق على غير ذلك ، ويسري ذلك على كافة العقود التبادلية كالإيجار والمقاولة وغيرها ، وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن "مجال إعمال الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى العقد ، ومناط ذلك إرادتهما وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره ، وعلى ذلك لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد

ملوما للجانبين ، وإنما يجب أن تكون الالتزامات ، المتولدة عن هذا العقد ، متقابلة أى أت يوجد تقابل بين الالتزام الذي لم ينفذ والالتزام الذي يقع على عاتق المتمسك بالدفع ويمتنع عن تنفيذه ، مع ملاحظة أن التقابل بين الالتزامات المتبادلة التي يؤسس عليها الدفع بعدم التنفيذ ، يفترض أن تكون تلك الالتزامات متولدة عن نفس العقد ، وبالتالي يجحب أن يجد التقابل بين الالتزامات أساسه في وحدة الأصل لكل هذه الالتزامات . (السنهوري ، مرجع سابق ، حسام الأهواني ، مرجع سابق ص٥٤٠ ، شرف الدين ، مرجع سابق ص٤٥٧ وما بعدها)

ووحدة الأصل هى العقد ذاته .فمجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى كل عقد على حدة ، فإذا كان الاتفاق قد اشتمل على عقدين أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار ، فإذا نفذ المشتري التزاماته في عقد البيع فلا يجوز للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في عقد البيع لأن المشتري لم ينفذ التزامه بدفع الأجرة في عقد الإيجار ، إذ أن هذا الالتزام الأخير مترتب على عقد الإيجار ومستقل عن الالتزامات المتقابلة المترتبة على عقد البيع ، أى أن تعدد العقود يفيد انتفاء التقابل بين الالتزامات . (حسام الأهواني بند ٥٦٠ ص٥٤٠ ، ٥٤١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر في قضاء هذه المحكمة طبقا للمادة ١٦١ من القانون المدني أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للآخر ألا يوفى بالتزامه فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد وهو ما يسمى الحق في الحبس في العقود الملزمة للجانبين ، كما أن الالتزام بتسليم المبيع من الالتزامات الأصلية التي تقع على عاتق البائع ولو لم ينص عليه في العقد وهو واجب النفاذ بمجرد تمام العقد ولو كان الثمن مؤجلا ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك " (الطعن رقم ٣٨٥٩ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٤) وبأنه " الدفع بعدم التنفيذ ، وجوب أن يكون كلا الدينين سببا للآخر في عقد تبادلي لمحكمة الموضوع استظهار إرادة الطرفين في تقابل الالتزامات " (الطعن رقم ٤٧ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨) وبأنه " مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى الارتفاق ومناط ذلك إرادتهما وهوما لمحكمة

الموضوع حق استظهاره " (الطعن رقم ٣٩١ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٢) وبأنه " التزام المشتري برد الأرض المبيعة – بعد فسخ عقد البيع – إنما يقابل التزام البائع برد ما قبضه من الثمن أما التزام المشتري برد ثمرات العين المبيعة فهو يقابل التزام البائع برد فوائد ما قبضه من الثمن ومن ثم فإن من حق المشتري أن يحبس ما يستحقه البائع في ذمته من ثمار حتى يستوفى منه فوائد ما دفعه من الثمن " (الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٦/٢٧) وبأنه " من المقرر طبقا للمادة ١٦١ من القانون المدني أنه إذا كانت الالتزامات متقابلة في العقود الملزمة للجانبين ولم يقم أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، كان للآخر أن يوفى بالتزامه ، ومناط هذا التقابل إرادة الطرفين وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره " (الطعن رقم ١٤ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/١١/٨) وبأنه " لما كان الحكم المطعون فيه قد أعمل اتفاق الطرفين وخلص بأسباب سائغة ولها سندها الى ثبوت الأسباب الجدية التي يخشى منها نزع المبيع من يد المطعون ضدهم.... وأن الطاعنة قصرت في تنفيذ التزامها بالوفاء بكامل دين الرهن – للبنك – وتسليم المستندات اللازمة للتوقيع على العقد النهائي ، وهى الالتزامات المقابلة لالتزام المطعون ضدهم بأداء باقي الثمن مما يخولهم حق حبسه عملا بالمادتين ١٦١ و٢/٤٥٧ من القانون المدني ويجعل وفائهم به عن طريق إيداعه صحيحا طبقا لما تقضي به المادة ٣٣٨ من هذا القانون لثبوت الأسباب الجدية التي أوردها تبريرا لهذا الإجراء فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ولا يقدح في ذلك أن يكون الحكم قد أخطأ في وصف اشتراط الطاعنة في العقد أن الرهن لا يمنع من سداد الثمن بأنه شرط قائم على الغش في حين أنها لم تخف الرهن على المطعون ضدهم وأجازت لهم حبس الدين وفوائده من باقي الثمن ، لأن ذلك الوصف لم يكن لازما لقضائه " (الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٥/٤/١٤) وبأنه " جرى قضاء هذه المحكمة – على أن مجال إعمال الدفع بعدم التنفيذ – وفقا لما تنص عليه المادة ١٦١ من القانون المدني – مقصور على ما تقابل من التزامات طرفى التعاقد ، ومناط ذلك ما اتجهت إليه إرادتهما ، وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره" (الطعن رقم ٧٠٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/١١/٦)

- **والدفع بعدم التنفيذ ليس له طابع جزائي بل هو ذو طابع وقائي** :

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان الثابت أن الشركة الطاعنة تمسكت في مرحلتي التقاضي بدفاع حاصله أن عدم وفائها بالتزامها الناشئ عن عقد التأمين الجماعي محل التداعي كان بسبب تخلف الشركة المطعون ضدها الأولى طالبة التأمين عن سداد أقساطه وهو ما ثبت في الأوراق من تقرير الخبير ولم تنكره المطعون ضدها الأولى ، فإن مؤدى ذلك أن يكون للطاعنة أن توقف التزامها بتنفيذ عقد التأمين بما يكون معه امتناعها عن الوفاء بمبلغه الى المطعون ضده الثاني بحق لما هو مقرر طبقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للآخر ألا يوفى بالتزامه ، فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائي بل هو ذو طابع وقائي يهدف الى كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذي ليس إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه المؤيد للحكم الابتدائي قد خالف هذا النظر وقضى بإلزام الطاعنة بتنفيذ عقد التأمين وبإلزامها بأداء مبلغه الى المطعون ضده الثاني على سند من عدم جواز تمسكها قبله بعدم سداد أقساطه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (الطعن رقم ٣٢٧٩ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٣)

الشرط الثاني : أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الأداء : الدفع بعدم التنفيذ يفترض وجود التزامات مدنية متقابلة مستحقة الأداء في وقت واحد ، فالطرف الذي يتمسك بالدفع يمتنع عن تنفيذ التزامه المستحق الأداء ردا على عدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما التزم به من التزامات مستحقة الأداء أيضا تجاه المتمسك بالدفع . فيجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء ، أما إذا كانت هذه الالتزامات غير مستحقة الأداء فلا يوجد إخلال بالعقد ويمتنع التمسك بالدفع ، فلا يجوز للبائع أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ويحبس المبيع عن المشتري إلا إذا كان الثمن مستحق الوفاء ولم يدفع . أما إذا كان الثمن مؤجلا ولم يسقط حق المشتري في الأجل فلا يحق للبائع ، إذا طالبه المشتري بالتسليم ، أن يدفع بعدم التنفيذ لأن التزام المشتري بدفع الثمن التزام مؤجل ، التمسك بالدفع

بعدم التنفيذ فيه إجبار للمشتري على الوفاء قبل حلول الأجل ، وهذا كله ما لم يكن الأجل قد سقط طبقا لأحكام المادة ٢٧٣ مدني . أما إذا كان الأجل قد منحه القاضي للمدين كنظره ميسرة ، فإن هذا الأجل لا يحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، فيجوز للبائع حبس المبيع حتى يستوفى الثمن بالفعل ، إذ الأجل الذي لا يجوز معه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو الأجل الذي يتحدد باتفاق الطرفين ، وإذا كان أحد الالتزامين المتقابلين قد سقط بالتقادم فأصبح التزاما طبيعيا ، فإنه لا يجوز الدفع بعدم تنفيذه ، إذ أن تنفيذ هذا الالتزام غير واجب ، كذلك لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كانت طبيعة العقد تفرض على أحد أطراف أن يبدأ هو بتنفيذ التزامه قبل تنفيذ الالتزام المقابل ، فلا يحق لهذا الطرف أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذ يجب عليه أن يفي بما التزم به قبل أن يقوم الطرف الآخر بتنفيذ التزامه ، كما في عقد العمل إذ التزم العامل فيه واجب التنفيذ أولاً قبل تنفيذ رب العمل لالتزامه ، فلا يجوز للعامل التمسك بعدم التنفيذ وإنما يجب عليه أن ينفذ التزامه دون انتظار تنفيذ الالتزام المقابل . (أحمد شرف الدين ، مرجع سابق ص٤٥٧ ، السنهوري ، مرجع سابق ، مرقص ، مرجع سابق ، الشرقاوي ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " توقيع حجز تنفيذي على العقار المبيع قيام المشتري بدفع لرفع الحجز ثبوت نقصه عن باقي الثمن المستحق في ذمته للبائع – أثره – عدم جواز إجبار الأخير على تنفيذ التزامه بنقل الملكية عن طريق دعوى صحة ونفاذ العقد ؟ (الطعن رقم ٨٩٨ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٨/٢/٢٢) وبأنه " إطلاق الالتزام بتقديم المستندات اللازمة لشهر العقد من أى أجل معين للوفاء بباقي الثمن – أثره – عدم توقف الوفاء به على تقديم هذه المستندات " (الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٨/١/١٤) وبأنه " المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن عقد البيع عقد تبادلي ينشئ بين طرفيه التزامات متقابلة ، وقد أوجبت المادة ٤٣٩ من القانون المدني على البائع أن يمتنع عن كل تعرض من جانبه للمشتري في حيازته للمبيع ، وكان التعرض الشخصي الذي يضمنه البائع في مفهوم هذه المادة هو كل عمل يعكر على المشتري حقه في حيازة المبيع والانتفاع به ، وهذا الالتزام المستمر على عاتق البائع يقابله التزام المشتري بأداء الثمن ، وقد خولت المواد ١٦١ ، ١/٢٤٦ ، ٤٥٧ من القانون المدني المشتري حق حبس الثمن حتى يمتنع

التعرض " (الطعن رقم ٨٤٨٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٢/١٧) وبأنه " توقف تنفيذ التزامات الطاعنة الواردة بالعقد على تنفيذ المطعون ضدها لالتزاماتها – للطاعن الحق في الدفع بعدم التنفيذ طالما أن المطعون ضدها لم تعرض الوفاء بالتزاماتها – مثال بشأن تنفيذ عقد النقل " (الطعن رقم ٨٣٧٤ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٥)

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن " إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصله أن عدم وفائها للمتبقى من الثمن كان بسبب تخلف المطعون ضدها البائعة عن تنفيذ التزامها بإصلاح عيوب المبنى المبيع والمبينة في التقارير الهندسية المقدمة منها ، وعدم تسليمها نصيبها في قطعة الأرض الملحقة به ... وكان من شأن هذا الدفاع – لو فطنت إليه المحكمة – تغير وجه الرأى في الدعوى إذ أن مؤداه أن يكون للطاعنة المشترية أن توقف التزامها بالوفاء بالمتبقى من الثمن حتى تقوم المطعون ضدها البائعة من جهتها بتنفيذ التزاماتها بما يكون معه الامتناع عن الوفاء به في هذه الحالة بحق يمنع من فسخ العقد بسببه لما هو مقرر طبقا للمادة ١٦١ من القانون المدني أنه إذا كانت الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين مستحقة الوفاء ولم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه كان للآخر ألا يوفى بالتزامه ، فهو امتناع مشروع عن الوفاء بالعقد ليس له طابع جزائي بل هو ذو طابع وقائي يهدف الى كفالة استمرار التعاصر الزمني بين الالتزامات الحالة المتقابلة وهو ما أصلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ والذي ليس إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين ، وإذ كانت محكمة الاستئناف قد التفتت عن تناول هذا الدفاع الجوهري بما يقتضيه من البحث ودون أن تقول كلمته فيه مما أدى بها الى استخلاص خطأ الطاعنة من مجرد تخلفا عن الوفاء بباقي الثمن ورتبت على ذلك القضاء بفسخ العقد فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بقصور مبطل " (الطعن رقم ٤٤٥٠ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/٦/١٣) وبأنه " يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا أن ينتفع بهذا الدفع " (الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٣٥ق جلسة

١٩٦٩/٧/٣) وبأنه " إنه إذا كانت المادة ٤٢٨ من القانون المدني تلزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع الى المشتري ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل إليه كمستندات الملكية ولم يقم بتنفيذه جاز للبائع – وعلى ما تقضي به المادة ١٦١ من القانون المدني – أن يمتنع من جانبه عن القيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد ما يستفاد منه أن البائعة لم تكن ملزمة طبقا لشروط عقد البيع أن تقدم الأوراق اللازمة لتسجيله والتوقيع عليه من المشترين إلا بعد أن تحصل منهم على الرسم المطلوب سداده الى مصلحة الشهر العقاري وأن هؤلاء هم الملزمون بالمبادرة الى دفعه ، وانتهى الحكم الى أن تقصير مورث الطاعنين وهم من بعده في ذلك قد سوغ للبائعة أن تعتصم قبلهم بالدفع بعدم التنفيذ فإن الحكم يكون قد أصاب صحيح القانون " (الطعن رقم ٩١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٧/٢٥) وبأنه " مقتضى القواعد العامة أنه يحق للعامل الانقطاع عن العمل بسبب تخلف صاحب العمل عن أداء أجره بغير مبرر ولا يعتبر ذلك غيابا بدون سبب مشروع إذ يكون الانقطاع عن العمل في هذه الحالة دفعا بعدم التنفيذ – لما كان ما تقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر ، وأغفل الرد على ما أثاره الطاعن في هذا الخصوص فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور " (الطعن رقم ١١٤ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٣/٣/١٦) وبأنه " العلاقة التعاقدية للعاملين بشركات القطاع العام تتضمن بالتالي التزامات متقابلة ومن ثم يجوز طبقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني لكل من الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به بشرط أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، إلا أن تحديد تلك الالتزامات وكونها مستحقة الوفاء من عدمه بالنسبة للعاملين بشركات القطاع العام يرجع بشأنه الى أحكام النظام الخاص والى لوائح الشركة التي لا تتعارض مع هذه الأحكام " (الطعن رقم ٤٤٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/١/١٢)

الشرط الثالث : ألا يكون عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه راجعاً الى تقصير المتمسك بالدفع : إذا كان عدم تنفيذ العقد راجعاً للمتمسك بالدفع بسبب تقصيره في تنفيذ الالتزام الواقع عليه فلا يستقيم الدفع بعدم التنفيذ .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إنه إذا كانت المادة ٤٢٨ من القانون المدني تلزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع المشتري ومن ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات الملكية وبيان حدود العقار ، إلا أنه متى كان هذا الالتزام يقابله التزام من جانب المشتري ولم يقم بتنفيذه جاز للبائع – وعلى ما تقضي به المادة ١٦١ من القانون المدني – أن يمتنع من جانبه عن القيان بالإجراءات اللازمة للتسجيل ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أورد ما يستفاد منه أن البائعة لم تكن ملزمة طبقا لشروط عقد البيع أن تقدم الأوراق اللازمة لتسجيله والتوقيع عليه من المشترين إلا بعد أن تحصل منهم على الرسم المطلوب سداده الى مصلحة الشهر العقاري وأن هؤلاء هم الملزمون بالمبادرة الى دفعه ، وانتهى الحكم الى أن تقصير مورث الطاعنين وهم من بعده في ذلك قد سوغ للبائعة أن تعتصم قبلهم بالدفع بعدم التنفيذ فإن الحكم يكون قد أصاب صحيح القانون" (الطعن رقم ٩١ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٧/٢٥)

الشرط الرابع : ألا يكون المتمسك بالدفع ملزماً بالوفاء : أولاً : يشترط ألا يكون المتعاقد الذي يتمسك بالدفع مجبرا على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولاً وقد يحصل ذلك إما بالاتفاق بأن يتفق المتعاقدان على أن يبدأ أحدهما بتنفيذ التزامه ، وإما بنص القانون أو طبقا للعرف الجاري أو العادة ، ومثال ذلك أن الوكيل بأجر عليه أن يقوم بتنفيذ ما عهد إليه من عمل قبل أن يطالب بأجره ، وأن المؤجر لا يطالب بالأجرة إلا بعد حصول الانتفاع ، والعامل يقدم عمله الى صاحب العمل قبل أن يتقاضى أجره وصاحب الفندق يقدم خدماته للعميل قبل أن يتقاضى أجره ، ومثال ذلك أيضا أن يكون ميعاد الوفاء بأحد أقساط الثمن قد حل قبل حلول ميعاد التزام البائع بتسليم المبيع ، ولم يقع المشتري بالوفاء به ، وبعد ذلك حل ميعاد التزام البائع بالتسليم ، واقام الأخير دعوى للمطالبة بالقسط الذي حل أو بفسخ عقد البيع ، حينئذ لا يجوز للمشتري أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ التزامه استنادا الى أن البائع لم يقم بتنفيذ التزامه بالتسليم ، ذلك لأن المشتري هو الذي أخل أولاً بتنفيذ التزامه ، ولو كان قد رجع على البائع لإلزامه بالتسليم كان للبائع الحق في الدفع بعدم التنفيذ إذ أنه لم يكن هو البادئ بالإخلال تنفيذ التزامه ، فإذا لم يرفع البائع دعوى فسخ ، وقبل القسط بعد ميعاده ، سقط أثر الإخلال السابق واعتبر كأن لم يكن ، بحيث إذا حل

بعد ذلك ميعاد تسليم المبيع وأخل البائع بالتزامه بالتسليم ، ثم حل بعد ذلك ميعاد أحد الأقساط ، جاز للمشتري حبسه ، وإذا رفع البائع دعوى لمطالبته بهذا القسط أو بفسخ العقد ، كان للمشتري دفعها بحقه في الحبس والدفع بعدم التنفيذ ، إلا لا يعتبر هو البادئ بالإخلال بتنفيذ التزامه ، إذ اعتبر الإخلال السابق كأن لم يكن ، واستمر تنفيذ العقد بعد ذلك . (الدكتور محمود جمال الدين زكي ص١٩٨ ، أنور طلبة ، مرجع سابق ص٢٦٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة ٢٤٦ من القانون المدني على أنه لكل من التزم بأداء شئ أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، مفاده أن حق المدين في الامتناع عن التنفيذ لا يقوم أصلا إلا إذا كان دائنه قد أخل بالوفاء بالتزام عليه لهذا المدين مرتبط بالتزام هذا الأخير ولازم ذلك أن يكون حق الحابس حال الأداء ولا يتوقف استحقاقه على قيامه بتنفيذ التزامه هو أولاً ، وأنه يشترط لقبول الدفع بالحق في الحبس وبعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ألا يوجب العقد على المتعاقد الذي أبدى هذا الدفع أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر إذ يمتنع عليه في هذه الحالة أن ينتفع بالدفع ويتعين عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر بالتزامه " (الطعن رقم ٤١٦٦ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/٦/٢٨) وبأنه " يتعين للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ألا يكون المتمسك بد قد أخل بالتزامه عمدا أو قصر في الوفاء به وجحد تعهده وأعرب في جلاء ووضوح عن نيته في عدم الوفاء عينا " (الطعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٨) وبأنه " يشترط لقبول الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ألا يوجب العقد على المتعاقد الذي أبدى هذا الدفع أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر ، إذ يمتنع عليه في هذه الحالة أن ينتفع بالدفع ويتعين عليه أن يفي بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر لالتزامه " (الطعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٢/١٠) وبأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ تطبيقا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أى واجب التنفيذ حالا ، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقدين أن يبدأ

بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع " (الطعن رقم ٤٣٢ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٣)

الشرط الخامس : مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع عدم التنفيذ : يجب على المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ألا يتعسف في استعمال هذا الدفع . فإذا كان الجزء الذي لم ينفذ من الالتزام قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته ، فلا يجوز للدان أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وذلك مراعاة للقاعدة التي تقضي بوجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد والمنصوص عليها في المادة ١٤٨ مدني ، وهذا يعني أن عدم التنفيذ يجب أن يكون على درجة كبيرة من الأهمية بحيث يكون ذلك مبررا لامتناع المتعاقد الآخر عن الوفاء بالتزامه ، وكذلك لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان المتمسك به هو البادئ بعدم التنفيذ أو إذا كان هو الذي تسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل . (الدكتور أحمد شرف الدين ، مرجع سابق ص٤٥٨ وما بعدها ، وانظر حجازي بند ٥٤٥ وما بعده ، السنهوري بند ٤٩٥ ، الشرقاوي بند ٧٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يكفي للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون العقد ملزما للجانبين وأن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه واجب حالا ، بل يجب الى جانب ذلك ألا يساء استعمال هذا الدفع .. فلا يباح للعاقد أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الموقف الذي لا يكون متفقا مع ما يجب توافره من حسن النية ، وإنما يكفيه في هذه الحالة انقاص التزامه في الحدود العادلة التي تتناسب مع ما لم ينفذ من الالتزام المقابل " (الطعن رقم ٢٢٤ لسنة ٣١ق جلسة ١٩٦٦/٥/١٠) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من أوراق الدعوى أن مورث الطاعنين قد أخل بالتزامه عمدا وقصر في الوفاء به وجحد تعهده وأعرب في جلاء ووضح عن نيته في عدم الوفاء عينا فإنه لا يقبل منه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه هو والذي أصر على عدم الوفاء به " (الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/١٢/٤)

- **لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ ناشئا عن خطأ أو غش** :

لا يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يكون عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه ناشئا عن خطأ أو غش ، إذ يكفي عدم التنفيذ ولو كان لسبب أجنبي . (المستشار محمد كمال عبد العزيز ، مرجع سابق)

- **تعادل عدم التنفيذ الكلي وعدم التنفيذ الجزئي** :

الأصل أن المتعاقد له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى لو كان عدم التنفيذ جزئيا إذ المتعاقد إنما يريد الالتزام كاملا ويعتبر إهدارا لإرادته إذا أرغم على تنفيذ التزامه مع أنه لا يحصل إلا على جزء من حقه دون الجزء الآخر ، ولذلك فالبائع له أن يرفض التسليم إذا لم يدفع له الثمن كاملا ، وللمشتري وإن استلم العين أن يمتنع عن دفع الثمن إذا حصل له تعرض أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية منه ، إذ هو لا يقصد مجرد الحيازة المادية للعين بل الحيازة العادلة والمسألة مردها للإرادة . فهناك أحوال يجوز فيها تجزئة الالتزام وتجزئة ما يقابله ، فإذا كان التعرض في جزء من العين مستقل بذاته فلا يجوز للمشتري أن يحبس من أجل ذلك كامل الثمن ، وبأخذ التنفيذ المعيب حكم التنفيذ الناقص . (حلمي بهجت ص٤٩٥ وما بعدها ، عبد العزيز ، مرجع سابق ، وانظر طلبة ، مرجع سابق ، السنهوري ، مرجع سابق ، مرقص ، مرجع سابق)

- **لا حاجة لإعذار المتعاقد الآخر للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ** :

لا حاجة لإعذار المتعاقد الآخر للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ة وذلك على خلاف ما هو مقرر في الفسخ إذ الإعذار فيه يكون واجبا ، إلا أن الإعذار قد يكون واجبا ، ليس للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وإنما لتوليد الالتزام الذي يخول عدم تنفيذه حق المتعاقد الآخر في التمسك بالدفع ، كما في حالة الالتزام بالتعويض عن التأخير في التنفيذ فهو لا ينشأ إلا بالإعذار ، وكذلك في حالة الالتزام بالوفاء بالثمن ، ذلك أنه إذا حل أجل الوفاء اتفاقا ومع ذلك لم يقم البائع بالإعذار أو بالسعى الى موطن المشتري وهو المدين بالوفاء بالثمن " ، فإن الإخلال بهذا الالتزام الأخير لا يتحقق في جانب المشتري ، وبالتالي محل لإعمال الدفع بعدم التنفيذ ذلك أن الالتزام بالوفاء بالثمن لا يتحقق الإخلال به إلا بالإعذار أو السعى . (حسام الأهواني ص٥٤٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه كان للآخر لألا يوفى بالتزامه من غير حاجة الى تنبيه رسمي أو الى حكم بفسخ العقد إذا كان التزام كل منهما في العقد مقابل التزام الآخر " (الطعن رقم ٤٣ لسنة ٩ق جلسة ١٩٣٩/١٢/٢١)

- **ولا يشترط للتمسك بالدفع الالتجاء للقضاء** :

ولا يشترط للتمسك بالدفع الالتجاء الى القضاء ،فالدفع بعدم التنفيذ متروك لتقدير المتعاقد الذي يتمسك به ، وذلك على خلاف الفسخ الذي يترك لتقدير القاضي ، ومع ذلك فقد يقتضي الأمر الالتجاء الى القضاء وذلك في حالة إنكار أحد الطرفين على الطرف الآخر حقه في التمسك بالدفع بأن ادعى أنه نفذ التزامه ، عندئذ للقاضي سلطة تقديرية فله أن يقر حق الطرف المتمسك بالدفع من عدمه ، ويكمن السبب في عدم ضرورة التجاء المتمسك بالدفع منذ البداية الى القضاء ، الى أنه لا يتمسك بدعوى يستطيع رفعها وإنما يتمسك بالدفع ، وطبيعة هذا الأخير تجعل من يتمسك به لا يحتاج الى رفع دعوى وإنما هو الذي ترفع عليه الدعوى وبالتالي يتمسك بالدفع ، وللطرف المضرور من جراء عدم تنفيذ الطرف الآخر التزامه أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أو لا يتمسك به ، إذ أن التمسك بالدفع من عدمه يرجع لتقديره ، وإذا تمسك كل من المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ وامتنع عن تنفيذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد الآخر التزامه ، عندئذ يمكن اللجوء الى إجراءات العرض الحقيقي والإيداع ، وبذلك يتم تنفيذ الالتزامين في وقت واحد . (السنهوري ص١٠١٨ ، الصدة ص٤١٢ ، البدراوي ص٥٢٢)

- **الدفع بعدم التنفيذ يمر بمرحلتين** :

الدفع بعدم التنفيذ يمر بمرحلتين : الأولى مرحلة غير قضائية وفيها يمتنع المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه الى عمل إيجابي ، والثانية مرحلة قضائية وهى لا تتحقق إلا عندما يرفع المتعاقد الآخر دعوى يطالب فيها المتعاقد الأول بأن ينفذ التزامه ، فيدفع المتعاقد الأول هذا الطلب بالدفع بعدم التنفيذ ، وهنا تتحقق رقابة القضاء بحيث إذا أقر القاضي موقف المتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بتنفيذ التزامه ولكن يقرن حكمه هذا بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه في الوقت ذاته . (السنهوري ، الوجيز ص٣٠٢)

- **ولا يجوز أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا من كان طرفاً في العقد** :

الناشئ عنه الالتزام أو خلفه العام أو خلفه الخاص ..... ومن جهة أخرى لا يجوز الاحتجاج به قبل من لم يكن طرفا في هذا العقد (أو خلفه العام أو خلفه

الخاص بالشروط التي سنعرض لها) أو من لا يستند الى هذا العقد (حجازي بند ٥٥٦) ويقع على عاتق من يتمسك بالدفع عبء إثبات عناصره ، ولكن يكفيه في هذا الصدد أن يثبت العقد الناشيء عنه الالتزامات المتقابلان باعتباره الواقعة المنشئة لحقه في الدفع ، وعندئذ ينتقل عبء الإثبات على الطرف الآخر لإثبات وفائه بالالتزام المقابل الذي يستند صاحب الدفع الى عدم تنفيذه ... ومن البديهي أن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يعدو أن يكون دفاعا موضوعيا في الدعوى التي ترفع عليه ومن ثم يجوز إبداؤه في أى وقت ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، غير أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه دفاع يخالطه واقع . (يراجع في تفصيل ذلك كله حجازي في البنود ٥١٧ ، ٥٥١ حتى ٥٥٩ ، والمستشار محمد كمال عبد العزيز ص١١٦٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كانت المادة ٢٤٦ من القانون المدني قد وضعت قاعدة عامة تخول المدين أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام نشأ بسبب التزام هذا المدين وكان مرتبطا به ، فإن حق الحبس يعد دفعا يعتصم به الدائن بوصفه وسيلة من وسائل الضمان لعدم تنفيذ الالتزام المقابل " (الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٨/٣/١٥) وبأنه " للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به المعتصم بهذا الحق – عدم حاجته الى رفع دعوى على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعماله أو توجيه تنبيه رسمي له به – تربصه حتى ترفع الدعوى عليه من المتعاقد الآخر " (الطعن رقم ٢٦٨٢ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٨/٢/٢١) وبأنه " خولت المادة ١٦١ من القانون المدني للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين حقا في أن يمتنع عن تنفيذ التزامه به وهذا الحق – وهو ما اصطلح على تسميته بالدفع بعدم التنفيذ – إن هو إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين .... ولئن كان المعتصم بهذا الحق أو الدفع في غير حاجة الى دعوى يرفعها على المتعاقد الآخر للترخيص له باستعماله هذا الحق بل له أن يتربص حتى ترفع عليه الدعوى من ذلك المتعاقد الآخر بمطالبته إلا أنه ليس في القانون ما يمنعه من رفع دعوى على المتعاقد الآخر بالاستناد الى حقه هذا إذا ما أنكره عليه هذا المتعاقد أو نازعه في مدى ما يحق له حبسه من التزاماته واردا هو من ناحية أخرى أن يؤمن نفسه من

عواقب ما قد يقع فيه من خطأ في تقدير هذا المدى ذلك أن لكل حق دعوى تحميه عند الاعتداء عليه وتقرره عند المنازعة فيه " (الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١١/١١) وبأنه " وإن كان للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به إعمالا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني ، إلا أن هذا الحق لا يحرمه – إن كان دائنا للمتعاقد الآخر – من استصدار أمر من القاضي المختص بتوقيع الحجز التحفظي تحت يد نفسه على ما يكون مدينا به لمدينه إعمالا لنص المادتين ٣١٦ ، ٣٤٩ من قانون المرافعات ، وتقدير مدى تحقق وجود هذا الدين وتوافر الخشية من فقد الدائن لضمان حقه أمر متروك لسلطة محكمة الموضوع التقديرية بعيدا عن رقابة محكمة النقض " (الطعن رقم ٤٤٠ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٥) وبأنه " إذا كان الدفع بعدم التنفيذ في العقد الملزم للجانبين مقصورا على ما تقابل من التزامات طرفى الاتفاق ذاتيهما أو بين أحدهما وبين الخلف العام أو الخاص للآخر وكان الطاعنون – مشترو العين – لا يعتبرون من قبيل الخلف العام أو الخاص للمستأجرة السابقة ، فإنه ليس لهم حق التمسك بالدفع بعدم التنفيذ طالما ليس هناك حلول قانوني " (الطعن رقم ٤٤٢ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٢) وبأنه " لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر فإذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والإيداع الحاصلين من المشتري صحيحين وما رتبه على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئا لذمة هذا المشتري من الثمن ، فإنه لا يقبل من الطاعن – وهو مشتر ثان – الطعن على الحكم عليه في هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه" (الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨) وبأنه " للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزام به إعمالا لنص المادة ١٦١ من القانون المدني من غير حاجة الى حكم بفسخ العقد " (الطعن رقم ٣٦٥ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٣/٦/٨)

- **أثر الدفع بعدم التنفيذ فيما بين المتعاقدين** :

(١) **وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين** : إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه ، بل يبقى هذا الالتزام موقوفا ، دون أن يزول كما في الفسخ ، فإذا كان الالتزام الموقوف هو الالتزام بنقل حق عيني ، كالتزام البائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يمتنع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه ، وإذا كان التزاما بعمل ، كالتزام المقاول بإقامة مبنى كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال البناء ، وإذا كان التزاما بامتناع عن عمل كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة وفي حى معين منعا للمزاحمة ، كان للتاجر أن يستمر في مباشرة التجارى في هذا الحى ، ويلاحظ في الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالا لا يتصور فيها وقف الالتزام كما إذا تعهد ممثل أو مغن أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال ، فإذا نتأخر المدين عن دفع هذا المال ، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيحى الحفلة إذا استطاع ذلك ، ويكون هذا فسخا للعقد لا وقفا له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف ، وهذا الحكم ينطبق أيضا في الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجبا في وقت معين وإلا فات الغرض المقصود منه ، كما إذا تعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها في معرض عام يقام في وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه الى أن يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره ، كان هذا بمثابة الفسخ . (السنهوري بند ٤٩٩ ، الصدة ، مرجع سابق ، الشرقاوي ، مرجع سابق)

- **وقف التنفيذ في الالتزام بتسليم عين** :

وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر ، مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن ، وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس ، وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتي : "١- مجرد الحق في حبس الشئ ، لا يثبت حق امتياز عليه . ٢- وعلى الحابس أن يحافظ على الشئ وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حسابا عن غلته . ٣- وإذا كان الشئ المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف

، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق في الحبس من الشئ الى ثمنه " ، هذا ويتحمل المالك تبعة التلف أو الهلاك بسبب أجنبي ، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه " إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع " ، وإذا أنفق الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة اشتردها طبقا لأحكام المواد ٩٨٠ – ٩٨٢ ، ويبقى الحق في الحبس حتى لو قام المتعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه ، وهذا ما يعبر عنه بأن الحق في الحبس لا يقبل التجزئة ، ومع ذلك يجب ألا يتعسف من له الحق في الحبس فيستمر حابسا للعين إذا كان الجزء الباقي من الالتزام دون تنفيذ من التفاهة بحيث لا يبرر استمرار الحبس ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك ، وينقضى الحق في الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشئ من حيازة الحابس باختباره ، وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتي : " ١– ينقضي في الحبس بخروج الشئ من يد حائزه أو محرزه . ٢– ومع ذلك يجوز لحابس الشئ إذا خرج الشئ من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت الذي علم فيه بخروج الشئ من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه " .
(السنهوري ، مرجع سابق بند ٥٠٠ ، الشرقاوي ، مرجع سابق)

- **وقف التنفيذ في العقود الزمنية** :

وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد في العقود الزمنية ، فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التي حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (انظر المواد ٥٦٥ ، ٥٦٨ ، ٥٦٩ ، ٥٧٠ ، ٥٧٢) وكل وقف في تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصا في مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر في دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائيا – لا مؤقتا – التزامه في حدود المدة التي منع فيها المستأجر من الانتفاع ، فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا

يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التي وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد . (السنهوري ، مرجع سابق ، الصدة ، مرجع سابق)

- **أثر الدفع بعدم التنفيذ بالنسبة للغير** :

١- يسري الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع . مثل ذلك أن يتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة ، فكل من كسب حقا من المشتري على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسري في حقه الدفع ، فإذا باع المشتري العين الى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن ، جاز للبائع أن يبقى حابسا للعين في مواجهة المشتري الثاني أو الدائن المرتهن ، ويمكن تعليل ذلك بأن المشتري لم ينقل الى خلفه حقوقا أكثر مما له ، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع في حبس العين ، فتنتقل هذه الحقوق الى الخلف خاضعة لهذا الحق ولا يستطيع المشتري أن ينقل حقا لا يملكه ، وفاقد الشئ لا يعطيه ، وهذا هو المبدأ الذس قررناه في انتقال الالتزام الى الخلف الخاص . (السنهوري ، مرجع سابق ، البدراوي ، مرجع سابق)

٢- ولا يسري الدفع في حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع ، فإذا فرض أن شخصا بعد أن رهن منزله رهنا رسميا ، سلمه الى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ ، ثم باعه ، وأراد المشتري تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار ، فإن المستأجر أن يرجع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين في مواجهة المشتري (م٦٠٥ فقرة ٢) ولكن حقه في الحبس لا يسري في مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد يثبت قبل ثبوت الحق في الحبس . (السنهوري ، مرجع سابق)

- **الدفع بعدم التنفيذ لا يتعلق بالنظام العام** :

الدفع بعدم التنفيذ قاعدة مقررة لإرادة طرفى العقد ، وبالتالي ليست متعلقة بالنظام العام ، وعلى ذلك ١- أنه يجوز الاتفاق على مخالفة هذه القاعدة بحرمان أحد العاقدين أو العاقدين معا من استعمال هذا الدفع باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين . (المستشار أنور طلبة ، المطول ، وراجع الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٤٠ق

جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠) ٢- أن الحق في الدفع يسقط بالتنازل عنه صراحة أو ضمنا ، ويتحقق التنازل الضمني بقبول الوفاء الناقص أو المعيب قبولا غير مشروط ولا يعتبر قبول الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه تنازلا عن الدفع .

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الواقع في الدعوى هو أن المطعون عليه تعاقد مع الطاعنة على استغلال فيلم في الخارج لقاء مبلغ معين ٧٥٠٠ جنيه يدفعه المطعون عليه ، دفع منه وقت العقد جزءا ١٠٠٠ جنيه ، وتعهد بدفع جزء آخر ٣٠٠٠ جنيه في مدى شهر من التوقيع على العقد بحيث إذا تأخر عن دفع هذا الجزء في ميعاده يصبح المبلغ الذي دفع أولاً حقا للطاعنة بصفة تعويض ويعتبر العقد لاغيا وباقي المبلغ يدفع عند تسليم الفيلم في الخارج ، وتعهدت الطاعنة بأن تم إرسال الفيلم الى الخارج في خلال أربعة شهور من تاريخ التعاقد – أى بعد وفاء المطعون عليه بالتزامه – وكان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه لم يف بما تعهد به إذا لم يدفع سوى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه بعد الميعاد المتفق عليه فإنه يكون للطاعنة – رغما عن قبولها الوفاء الجزئي على غير الوجه المتفق عليه – أن تحبس التزامها بالتسليم حتى يقوم المطعون عليه بالوفاء الكامل ، إذ ليس من شأن قبول الطاعنة للمبلغ الذي دفعه المطعون عليه بعد الميعاد المتفق عليه ما يسقط حقها في الحبس بل كل ما عسى أن يكون له من شأن أنه – إذا أكمل المطعون عليه المبلغ الى ٣٠٠٠ جنيه – يصلح دفعا لدعوى الطاعنة إذا هى رفعتها طالبة الفسخ لعدم وفاء الطاعن بما تعهد به على الوجه المتفق عليه ، أما حقها هى في حبس التزامها بالتسليم فلا يسقطه قبولها وفاء بعض المتعهد به بعد الميعاد المتفق عليه ، وإذن فمتى كان الحكمان المطعون فيهما قد انتهيا الى فسخ العقد تأسيسا على أن الطاعنة هى التي تخلفت عن وفاء التزامها بالتسليم لأن تأخر المطعون عليه في الوفاء بما تعهد بدفعه في ميعاده لا يعتبر تقصيرا تترتب عليه آثاره لأنه وقع بقبول ورضاء الطاعنة فإنهما يكونان قد أخطأ في تطبيق القانون " (الطعن رقم ١٣٨ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/٦/١٤) ٣- أنه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بالدفع من تلقاء نفسها

، وإنما يجب أن يتمسك به المتعاقد نفسه ، كما لا يجوز للغير التمسك به ، ففي دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن إلا للبائع ، فلا يجوز هذا الدفع لمشتر ثان بغية الوصول الى ثبوت الملكية له دون المشتري الأول . (الصدة ، مرجع سابق ، عزمي البكري ، مرجع سابق ، الشرقاوي ، مرجع سابق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر فإذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض والإيداع الحاصلين من المشتري صحيحين وما رتبه على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئا لذمة هذه المشتري من الثمن ، فإنه لا يقبل من الطاعن – وهو مشتر ثان – الطعن على الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه " (الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨)

الصـــــورية

الصـــــورية

تنص المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أن" إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم .

وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين " .

- **الصـــورية** :

ويقصد بالصورية هى التظاهر بأمر يخالف الواقع من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل ، فهى توجد موفقا ظاهر غير حقيقي يستر موقفا خفيا حقيقيا ، فإن كان ذلك الموقف تعاقدا ، كان العقد الظاهر صوريا والعقد الخفي هو العقد الحقيقي . (عزمي البكري ص٩٤٦)

- **أنـــواع الصـــورية** : الصورية إما أن تكون صورية مطلقة أو صورية نسبية .

(١) **الصورية المطلقة** : وهى تتناول وجود العقد ذاته ، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة ، ولا تتضمن الورقة المستترة عقدا آخر حقيقيا عن العقد الظاهر ، بل تقتصر هذه الورقة على تقرير أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري لا وجود له ، مثل ذلك شخص يد أن يتوقى من دائنيه أن ينفذوا على شيء يملكه ، فيبيع هذا الشيء بيعا صوريا الى شخص يتفق معه على ذلك ، ويكتبان بالبيع عقدا ظاهرا ، ويكتبان في الوقت ذاته سندا مستترا يذكران فيه أن البيع لا حقيقة له ، وهذا السند المستتر هو (ورقة الضد) وفي هذه الصورة نرى اقتراب الصورية من الدعوى البوليصية ، ففي ليهما يحاول المدين بعضه أن يضر بحقوق دائنيه ، وفي كليهما يعطى القانون سلاحا لدائنين يحاربون به غش المدين ، على أنه قد يكون للصورية المطلقة أغراض أخرى غير الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يتفق شخص مع آخر ممن يلوذ به على أن بيعه بيعا صوريا بالنصاب المالي المطلوب لمركز يرشح نفسه له ، كمركز العضوية في مجلس نيابي أو مركز العمدية أو نحو ذلك ، أو بيعه بيعا صوريا

ما لا يظهر به في مظهر ذوي اليسار حتى يتسنى له الانخراط في جمعية أو شركة تتطلب هذا المظهر أو مصاهرة أسرة تقتضي هذا اليسار . (السنهوري ص٩٥٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الصورية المطلقة تتناول وجود التصرف تخفى تصرفا آخر ، ومن شأنها إن صحت أن ينعدم بها وجود العقد في والواقع ، أما الصورية النسبية بطريق التستر فإنها تتناول نوع التصرف لا وجوده والدفع بها يستهدف إعمال آثار العقد الحقيقي المستتر دون آثار العقد الصوري ومن ثم فإنهما تختلفان أساسا وحكما " (نقض ٢٠٠٢/٥/٢٨ طعن س٦٣ق) وبأنه " الصورية المطلقة هى تلك التي تتناول وجود العقد ذاته فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة أما الصورية النسبية فهى التي لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوع العقد أو ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقدين " (نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ طعن ٢٧٧ س٤٩ق) وبأنه " التمسك بصورية العقد مقصوده اعتباره بألا أثر له ، جواز ذلك التمسك لكل ذي مصلحة ولو لم يكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية " (الطعن رقم ٦٨٥٤ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/٥/١٢ ، مجموعة عمر الجزء الثالث ص٢٠٦ جلسة ١٩٣٧/١٢/٩) وبأنه " الصورية في العقد هى اتخاذ مظهر كاذب بإرادة ظاهرة تخالف النية الحقيقة للطرفين ، والدفع بالغلط يعني صدور التصرف عن إرادة معيبة والدفع بالصورية وحدها وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – يحمل معنى الإقرار بصدور العقد عن إرادة صحيحة فلا يقبل بعده التمسك – بأنه أبرم تحت تأثير عيب من عيوب الإرادة " (الطعن رقم ٣٤٩ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٤/٧/١٢) وبأنه " الصورية المطلقة هى التي تتناول وجود العقد ذاته وتعني عدم قيام العقد أصلا في نية عاقديه أما الصورية النسبية فهى التي لا تتناول وجود العقد وإنما تتناول نوعه أو ركنا فيه أو شرطا من شروطه أو شخص المتعاقدين أو التاريخ الذي أعطى له بقصد التحايل على القانون بما مؤداه أن الصورية النسبية لا تنتفي بانتفاء الصورية المطلقة لاختلافهما أساسا وحكما " (الطعن رقم ٢٢٣٦ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١١/٢٣)

(٢) **الصورية النسبية** : وهى التي تصور عقدا ظاهرا يستر عقدا خفيا مغايرا له في بعض نواحيه ، سواء أكانت المغايرة في نوع العقد كما لو استترت الهبة في صورة عقد بيع وتكون الصورية حينئذ صورية بطريقة التستر ، وتسمة الهبة هبة مستترة أم

كانت المغايرة في أحد أركان العقد أو شروطه كما لو ذكر في عقد البيع ثمن أكثر أو أقل من الثمن الحقيق للتخلص من الشفعة أو للتخفف من رسوم التسجيل ، أم كانت في أحد طرفى العقد كما لو تم الشراء باسم شخص ولكنه كان في الحقيقة لحساب شخص آخر فيكون اسم الشخص الظاهر في العقد اسما مستعارا . (عزمي البكري ص٩٤٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن كانت الصورية المطلقة ترد على كيان العقد فتصور أن عقدا قد نشأ في حين أن هذا العقد لا وجود له في الحقيقة ، فإن الصورية النسبية ترد على نوع العقد أو على ركن أو على شرط فيه أو على أحد المتعاقدين ، فالعقد في الصورية النسبية موجود وحقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه إخفاء المتعاقدان واجلا محله حكما صوريا " (نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ طعن ٢٧٧ س٤٦ق) وبأنه " من المقرر أن الطعن بأن العقد الظاهر يستر عقدا آخر هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يقع على من يدعيها عبء إثباتها فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه " (الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٢/١٢/٢٤)

- **صور الصورية النسبية** : تتخذ الصورية النسبية إحدى الصور الآتية :

١ـ الصورية بطريق التستر : وتتناول نوع العقد لا وجود ، وذلك كهبة فيصورة بيع العقد الظاهر هو البيع وهو عقد صوري ، والعقد المستتر هو الهبة وهو العقد الحقيقي ، ويكون الغرض من الصورية عادة في مثل هذه الحالة الهرب من رسمية العقد فيما لو ظهرت الهبة في ثوبها الحقيقي ، وقد يكون الغرض ستر السبب الحقيقي للتصرف ، كأن يكتب شخص صكا على نفسه بدين لآخر يقول عنه أنه ثمن لشيء اشتراه وهو في الحقيقة قرض بربا فاحش ، وكأن يصدر من شخص لأحد ورثته عقد بيع وهو في الحقيقة وصية . (السنهوري ص٩٥٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد الى ولده الصورية المطلقة ، فأحالت المحكمة الدعوى الى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصا سائغا من أقوال الشهود إثباتا ونفيا – بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال في حكمها – أن الطاعن في العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية ، ثم خلصت الى القول بأن العقد عقد تمليك قطعي منجز انتقلت الملكية بموجبه فورا حال حياة

البائع ، وأنه عقد صحيح سواء باعتباره بيعا حقيقيا أو بيعا يستر هبة ، وأنه حتى مع التسليم أن ثمنا لم يدفع فإنه لا مانع قانونا من إفراغ الهبة المنجزة في صورة عقد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ، ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة " (نقض مدني ١٩٥١/١٢/٣٠ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص٢٥٦) وبأنه " تحرير عقد إيجار صوري باعتبار المكان أجر مفروشا حال أنه أجر خاليا ، أثره جاز جواز طعن المستأجر عليه بالصورية النسبية بالنسبة للأجرة والمنقولات والمدة ، مؤداه . الدعوى بطلب بطلان عقد الإيجار أو مدته تأسيسا على أن المكان أجر خاليا لا مفروشا . اعتبارها في حقيقتها دعوى تقرير صورية العقد صورة نسبية بطريق التستر لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له " (جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٣ الطعن رقم ١٨٥٩ لسنة ٧٧ق ، جلسة ١٩٧٣/٤/١٠ مجموعة المكتب الفني س٢٤ ع١ ص٥٧٧ ، جلسة ١٩٦٩/٣/٢٠ مجموعة المكتب الفني س٣٠ ع١ ص٤٥٠)

٢ـ الصورية بطريق المضادة : والصورية هنا لا تتناول وجود العقد أو نوعه بل ترد فقط على ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، مثال ذلك أن يذكر في العقد سبب آخر غير السبب الحقيق وهو ما يسمى بصورية السبب .

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدني أنه إذا ذكر في سند الدين أن قيمته دفعت نقا ، ثم قام الدليل على انتفاء القرض ، فإن على الدائن أن يقيم الدليل على أن للسند سببا حقيقيا مشروعا" (نقض ١٩٧١/٦/٢٤ طعن ٢٧ س٣٧ق) وبأنه " مؤدى نص المادتين ١٣٦ و١٣٧ من القانون المدني أن المشرع قد وضع بهما قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعا ولو لم يذكر هذا السبب ، فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيق الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله ، وأن ادعى المدين صورية السبب المذكور في العقد كان عليه أن يقيم الدليل القانوني على هذه الصورية " (نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ طعن ١٠١ س٣٦ق) وبأنه " إذا كان سبب الالتزام ثابتا بالكتابة فإنه لا يجوز للمتعاقدين إثبات صوريته إلا بالكتابة إلا أن المشرع قد أجاز

الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة أو القرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابي الكامل في الإثبات " (نقض ١٩٦٦/٥/٥ طعن ٣٣٨ س٣٢ق ، نقض ١٩٦٢/١٢/٢٧ طعن ٨٦ س٢٦ق) وبأنه " ليس للمدين في حوالة مدنية قبلها المدين والضامن قبولا ناقلا للملك أن يقيم الدليل في وجه المحتال على صورية السبب الظاهر في ورقة الدين متى كان المحتال يجهل المعاملة السابقة التي أخفى سببها عليه وكان يعتقد أن السبب الظاهر حقيقي وكان المدين لم يدفع بعلم هذا المحتال للسبب الحقيق وقت احتياله بالدين لأن إخفاء السبب الحقيقي تحت ستار السبب المنتحل لا يمكن الاحتجاج به على غير المتعاقدين ومنهم المحتال " (نقض ١٩٣٥/٤/١١ طعن ٧٢ س٤ق) وبأنه " عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به . فإذا كانت سندات الدين مذكورا فيها أن قيمتها دفعت نقدا ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعيه الدين الى مدينها في مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدى المدين وتشكر له إحسانه عليها وتبرعه لها فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابيا كافيا في نفى وجود قرض حقيقي " (نقض ١٩٣٢/١١/٣ طعن ٣٣ س٢ق)

ومن أمثلة الصورية بطريق المضادة أيضا أن يذكر في عقد البيع ثمنا أقل من الثمن الحقيق تهربا من دفع رسوم التسجيل كاملة أو أن يذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيق توقيا للأخذ بالشفعة كذلك تقديم تاريخ التصرف أو تأخيره وهو ما يسمى بالصورية النسبية لتاريخ العقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان البين أن الطاعن قد تمسك في دفاعه أمام محكمة الاستئناف بصورية عقد البيع الصادر من المطعون ضده الثاني للمطعون ضده الأول صورية مطلقة كما دفع ببطلانه لمخالفته لأحكام الأمر العسكري رقم ٤ لسنة ١٩٧٣ وأحكام قانوني إيجار الأماكن رقمى ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بإعطائه تاريخا صوريا ليكون سابقا على عقده وكان طعنه بالصورية المطلقة على هذا العقد إنما ينصب على عدم وجوده أصلا في نية عاقديه بينما دفعه ببطلانه لصورية تاريخه إنما ينصب على التاريخ وحده ولا يتعداه الى العقد ذاته إلا أن الحكم المطعون فيه قد قصر بحثه على ما ساقه الطاعن من قرائن تتعلق بطعنه بالصورية

المطلقة وبالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للإضرار بحقوقه وانتهى الى أن هذه القرائن لا تصلح دليلا على تلك الصورية أو التواطؤ وأغفل الرد على دفعه بالصورية النسبية على هذا العقد بإرجاع تاريخه ليكون سابقا على عقده بما يبطله طبقا لأحكام الأمر العسكري وقانونى إيجار الأماكن سالفى الذكر رغم أن الصورية النسبية لا تنتفي بانتفاء الصورية المطلقة لاختلافهما أساسا وحكما " (نقض ١٩٩٤/١١/٢٣ طعن ٢٢٣٦ س٥٩ق) وبأنه " إذا كانت الورقة العرفية موقعة من الوكيل فإن تاريخها يكون حجة على الأصيل – ولو لم يكن لها تاريخ ثابت – إذ أنه لا يعتبر غيرا لأنه كان ممثلا في التصرف الذي أبرمه وكيله لحسابه إلا أنه إذا ادعى الأصيل عدم صحة التاريخ المدون بالورقة وأنه قدم غشا حتى لا ينكشف أن التصرف الذي أجراه الوكيل حرر في وقت كانت وكالته فيه قد زالت فإنه يكون لذلك الأصيل أن يثبت مدعاه بكافة طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن " (نقض ١٩٩١/١٠/١٥ طعن ٣٤٣ س٦٠ق) وبأنه " إثبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التي عينها القانون ، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم الى أن يثبوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلا منهم الى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت " (نقض ١٩٧٧/١٢/٦ س٢٨ ص١٧٤٢) وبأنه " تقديم تاريخ العقد لإخفاء صدوره أثناء عنه البائع هو تحايل على القانون يجوز إثباته فيما بين المتعاقدين بالبينة وبالقرائن ، وحكم الورثة في هذا الخصوص هو حكم مورثهم ، وإذ كان يبين من الاطلاع على المذكرة التي قدمها الطاعنان أمام محكمة الاستئناف ، أنهما تمسكا بدفاع أصلي يقوم على أن عقد البيع موضوع النزاع لم يصدر من مورثهما في ١٩٤٧/١٠/١٠ كما أثبته به ، وإنما صدر في تاريخ لاحق بعد إصابته بالعته وإدخاله المستشفى ، وأن المقصود بتقديم تاريخ العقد هو تفادي أثر الحجز على المورث ، واستدلا على ذلك بعدة قرائن ، ثم انتهيا الى طلب إحالة الدعوى الى التحقيق لإثبات دفاعهما إذا لم تكتف المحكمة بالقرائن المقدمة منهما ، وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على دفاع الطاعنين سالف البيان ، ولم يشر إليه مع أنه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأى في الدعوى فإنه يكون قد شابه قصور في التسبيب " (نقض ١٩٧١/٦/٢٢ طعن ٤٦٥ س٣٦ق) وبأنه " لما كان

لمحكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير الدليل من كافة الأوراق المقدمة في الدعوى بحيث يكون لها أن تقضي في موضوعها بما تراه حقا وعدلا ، فإنه لا تثريب عليها إن هى استعانت في شأن التدليل على صورية عقد البيع موضوع الدعوى بأقوال الشهود في التحقيق الذي أجرته في شأن تقدير تاريخ هذا العقد للإضرار بالمطعون ضدها الأولى الدائنة للبائع وذلك على تقدير أن ما حصله الحكم من أقوال هؤلاء الشهود يعتبر قرينة تساند الأدلة الأخرى التي ساقها " (نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ طعن ٣٧٥ س٣٩ق) وبأنه " صورية تاريخ العقد صورية نسبية تنصب على التاريخ وحده فلا تتعداه الى العقد ذاته . فإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصحة ونفاذ العقد على أسبقية تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى على تاريخ نسجيل عقد الطاعن ولم يعول على تاريخ عقد المدعى فإن صورية تاريخ هذا العقد لا أثر لها في الدعوى " (نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ طعن ١٩٠ س٣٢ق) وبأنه " متى كانت المحكمة – بناء على الأسباب التي أوردتها – قد رأت فيما قاله الطاعن من أن البائعة كانت مريضة مرض الموت عند تحرير عقد البيع ادعاه غير جدي ، فإنه يكون غير منتج الطعن بصورية تاريخ عقد البيع وطلب تحقيق هذه الصورية ، وكذلك النعى بالخطأ في الإسناد على قول المحكمة بأن التاريخ المذكور غير متنازع فيه ، ذلك أن المقصود بصورية التاريخ في هذا المقام أن يوضع على العقد تاريخ غير صحيح سابقا على تاريخه الحقيق لإخفاء أنه حرر في مرض الموت ، وهو ما رأت المحكمة عدم جدية الادعاء به " (نقض ١٩٥٢/١١/٢٧ طعن ٢٦٨ س٢٠ق)

٣ـ **الصورية بطريق التسخير** : وهى تتناول شخص أحد المتعاقدين ، كأن يهب شخص لآخر مالا ويكون الموهوب له المذكور في العقد ليس هو المقصود بالهبة ، بل المقصود شخص آخر يغلب أن تكون الهبة غير جائزة له ، فيوسط الواهب بينه وبين الموهوب له الحقيقي شخصا مسخرا (**personne interpose**) تكون مهمته أن يتلقى الهبة من الواهب ثم ينقلها الى الموهوب له ، فيكون الغرض من الصورية بطريق التسخير عادة التغلب على مانع قانوني يحول دون تمام الصفقة لشخص معين (السنهوري ص٩٥٣) وهى في هذا تختلف عما يسمى التعاقد بطريق التسخير أو باسم مستعار ، فالتعاقد بطريق التسخير هو حالة من حالات النيابة ولكنها نيابة غير معلنة ، هى نيابة خفية ، فالشخص المستعار هو وكيل أو نائب ،

ولكنه لا يفصح عن نيابته للغير الذي يتعاقد معه فالمفروض في النيابة أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ، فهو يكشف عن نيابته للمتعاقد معه ، ويكون أثر النيابة انصراف آثار العقد إيجابا وسلبا الى الأصيل لا الى النائب ، فيكتسب الأصيل مباشرة ما ينشأ له من العقد من حقوق ويتحمل ما ينشأ عنه من التزامات ، وتنشأ علاقة مباشرة بينه وبين من تعاقد معه النائب – وهو نائب عمن يخره ، لا يكشف عن نيابته ، ولذلك فهو يتعاقد مع الغير باسمه ، ويصبح هو مسئولا شخصيا عن تنفيذ العقد ، ويكتسب الحقوق الناشئة عنه ، فإليه تنصرف آثار التصرف جميعها ، ثم يقوم بعد ذلك بنقل آثار التصرف الذي عقده الى الشخص الذي سخره أى الى الأصيل ، وهكذا يبدو أن المسخر يعقد عقودا ثلاثة كلها حقيقية لا صورية ، الأول : هو عقد الوكالة بينه وبين الأصيل الذي سخره ، والثاني : هو العقد الذي يعقده مع الغير الذي لا يعلم بالتسخير ، والثالث : هو عقد يعقده مع الأصيل ينقل به إليه آثار التصرف الذي عقده لحسابه مع الغير . (عبد المنعم البدراوي ص١٧٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الصورية النسبية بطريق التسخير ترد على أطراف العقد دون موضوعه بحيث يقتصر العقد المستتر على بيان أطراف العقد الحقيقين فإن القضاء بهذه الصورية لا يحول دون بحث موضوع العقد لبيان مدى صحته أو بطلانه وبالتالي فإن قضاء الحكم المطعون فيه بصورية عقد البيع صورية نسبية بطريق التسخير وبأن المطعون ضده الرابع – دون الطاعنة – هو المشتري الحقيقي في هذا العقد لا يتعارض مع قضائه من بعده ببطلان هذا العقد لمخالفة البيع للحظر المقرر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٨٦" (نقض ١٩٩٣/١٢/٢٣ طعن ٢٤٧٩ س٥٩ق) وبأنه " ويسري ذلك كلما ثبت الحظر بالنسبة للأصيل أو تبين عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون لإبرامه التصرف كمن يسخر زوجته لشراء وحدة سكنية من المحافظة رغم عدم توافر الشروط بالنسبة له ، والتسخير غير قاصر على التصرفات القانونية وحدها بل يجوز في الخصومة والإجراءات القضائية أيضا إلا إذا قصد به التحايل على القانون فيكون غير مشروع " (نقض ١٩٨٧/١/٢١ طعن ٢٢٠٩ س٥٢ق) وبأنه " متى كان الطاعن قد رفع الدعوى ابتداء باسمه خاصة وباعتباره محالا بسند الدين موضوع النزاع ممن صدر له هذا السند ثم رفع الاستئناف باسمه أيضا عن الحكم الابتدائي الذي قضى برفض دعواع ، ثم قرر الطعن بالنقض باسمه

أيضا في الحكم الاستئنافي ، فإن طعنه يكون جائزا – ولا يغير من ذلك أن يكون الطاعن قد صرح في مذكرته الشارحة بأن طعنه هو لحساب ورثة الدائن المحيل أو أن تكون الحوالة قد ارتدت الى المحيل باتفاق لاحق أو ألا يكون الطاعن قد قدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين ورثة المحيل لإجراء الطعن ، لأن هذا كله لا يعدو أن يكون تقريرا لأمر مشروع في ذاته قد تضمنه الاتفاق بين الطرفين على إعارة الطاعن اسمه في الطعن استمرارا للخصومة التي تولاها باسمه أيضا في مراحلها السابقة ، وليس في القانون ما يلزم الطاعن أن يقدم نص الاتفاق المعقود بينه وبين المحيل على التقرير بالطعن أسوة بما قدمه من الاتفاق على رفع الاستئناف ، لأن الأصل أن مثل هذا الاتفاق هو من شأن طرفيه وحدهما " (نقض ١٩٥٧/٤/١١ س٨ ص٤٠٤) وبأنه " عقد الوكالة بالتسخير يقتضي أن يعمل الوكيل باسمه الشخصي وإن كان يعمل لحساب الموكل بحيث يكون اسم الموكل مستترا ، ويترتب على قيامها في علاقة الوكيل المسخر بالغير أن تضاف جميع الحقوق التي تنشأ من التعاقد مع الغير الى الوكيل المسخر فيكون هو المدين بها للغير ، أما في علاقة الوكيل المسخر بالموكل فهى تقوم على الوكالة المستترة تطبيقا لقواعد الصورية التي تستلزم إعمال العقد الحقيقي في العلاقة بينهما ومن ثم فإن تسجيل البيع الصادر للوكيل المسخر بنقل الملكية مباشرة من الغير الى الموكل المستتر في العلاقة بين الوكيل والموكل ، وتثبت الوكالة بالتسخير فيما بينهما وفقا للقواعد العامة في الإثبات" (نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ طعن ٥٩٨ ، ٦٥٥ س٥٠ق) وبأنه " النص في المادة ٧١٣ ، والمادة ١٠٦ من القانون المدني يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – على أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا ، ذلك أن وكالته في هذه الحالة تكون مستترة ، ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقد ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم الى الأصيل ، وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر " (نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ طعن ٤٥٨ س٤٠ق) وبأنه " إذ كان البين من الحكم المطعون فيه أنه قضى بتأييد الحكم الابتدائي القاضي بتثبيت ملكية المطعون ضده الأول للعقار محل النزاع محمولا في أسبابه على مجرد القول بثبوت الوكالة المستترة للزوجة

الطاعنة فيما أبرمته من عقد شراء الأرض وما اتخذته من إجراءات البناء عليها وأن في ذلك ما يكفي لاعتبار الأصيل في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى إجراء ما إذ لا يحاج لكى يحتج على وكيله المسخر بملكية ما اشتراه الى تصرف جديد من الوكيل بنقل به الملكية ، وكان هذا الذي أقام عليه الحكم قضاءه في هذا الخصوص لا ينطبق على واقع الدعوى إذ هو يصدق على حالة ما إذا تم تسجيل البيع الصادر للوكيل المعير اسمه فتكون الملكية قد خرجت من ذمة البائع وهى وإن انتقلت الى الوكيل في الظاهر إلا أن انتقالها في الحقيقة يعتبر لحساب الأصيل فيصبح في علاقته بالوكيل هو المالك بغير حاجة الى صدور تصرف جديد من هذا الأخير ينقل به الملكية إليه ، وإذ كان الثابت من مدونات الحكم أن عقد البيع الذي تعلق بعقار لم يسجل بعد فلا تكون ملكية المبيع قد انتقلت الى الزوجة الطاعنة التي أبرمته بطريق الوكالة المستترة بل هى لا تزال باقية على ذمة الشركة المطعون ضدها الثانية بائعة العقار ويكون ما انصرف الى الأصيل المطعون ضده الأول هى الحقوق الشخصية وليدة عقد البيع الذي لم يسجل ، وهذا العقد غير المسجل لا يترتب عليه أيضا تملك المطعون ضده الأول لما أقامه على الأرض المبيعة من مبان ذلك أن حق القرار – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – حق عيني من قبيل الملكية فلا ينشأ ولا ينتقل وفقا لنص المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري إلا بالتسجيل . أما قبل تسجيل سند المشتري الباني فإن ملكية المنشآت تكون للبائع بحكم الالتصاق نظير تعويض المشتري عنها تطبيقا للقاعدة المنصوص عليها في المادة ٩٢٥ من القانون المدني . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى بثبوت ملكية المطعون ضده الأول رغم عدم توافر السبب القانوني المؤدى الى التملك يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ طعن ٦٤٨ س٤٩ق) وبأنه " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن من يعبر اسمه ليس إلا وكيلا عمن أعاره ، وتعامله مع الغير لا يغير من علااقته بالموكل شيئا ، فهو كسائر الوكلاء لا يفترق عنهم إلا في أن وكالته مستترة فكأن الشأن شأنه في الظاهر مع أنه في الواقع شأن الموكل ، وينبني على ذلك أن الوكيل المستتر في الشراء لا يكتسب شيئا من الحقوق المتولدة عن عقد البيع الذي عقده بل تنصرف هذه الحقوق الى الأصيل ، أما في علاقة الغير بهذا الأصيل فإن من المقرر على ما تقضي به المادة

١٠٦ من القانون المدني أن أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا إلا في حالتين هما : إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يعامل مع الأصيل أو النائب " (نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ طعن ٦٤٨ س٤٩ق) وبأنه " مفاد نصوص المادتين ١٠٦ ، ٧١٦ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذي تخوله الوكالة إصداره لا يصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا ، ذلك أن وكالته في هذه الحالة تكون مستترة ويعتبر وكأنه أعاره اسمه للأصيل الذي وكله في إبرام العقود ، وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التي ترتبها الوكالة السافرة فينصرف أثر العقد المبرم الى الأصيل وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش ، فإذا سخر الوكيل الغير بقصد الإضرار بحقوق الموكل فإن التسخير يكون باطلا ويشمل البطلان عقد الوكالة المستتر والتصرف الذي باشره المسخر باسمه الشخصي تنفيذا لعقد الوكالة " (نقض ١٩٧٧/١٢/٢٧ طعن ٣٤٦ س٤١ق ، ونقض ١٩٧٦/١٠/١٩ س٢٧ ص١٤٦٧) وبأنه " متى ثبت أن المطعون عليه كان معيرا اسمه للطاعن في عقد البيع وتم هذا البيع لمصلحة الطاعن ولحسابه ، وبالتالي ينصرف أثره إليه باعتباره أنه هو البائع الحقيقي ، فإن مقتضى ذلك أن يكون الحكم القاضي بفسخ هذا العقد حجة على – وإن لم يكن مختصما في دعوى الفسخ – فكأن الشأن شأن الوكيل المستتر في الظاهر مع كونه في الواقع شأن الموكل " (نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ طعن ٤٥٨ س٤٠ق)

- **نطـــاق الصـــورية** :

أكثر ما تكون الصورية في العقود ، ولكن هذا لا يمنع من أن تكون في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، بشرط أن يكون هذا التصرف موجها الى شخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ولا يتصور الاتفاق إلا من شخصين يتعاملان معا . فالتنازل عن حق عيني ، أو الإبراء من دين ، أو إنهاء علاقة قانونية قائمة ، كل هذا يتم بتصرف قانوني من جانب واحد ، وقد يكون هذا التصرف صوريا إذا اتفق الطرفان على أن التنازل أو الإبراء أو إنهاء العلاقة القانونية لا يقع ، وأن الحق العيني أو الدين أو العلاقة القانوني كل هذا يبقى قائما بالرغم من التصرف الصوري . أما إذا

كان التصرف غير موجه الى شخص معين ، كوعد بجائزة موجه الى الجمهور ، فإن الصورية لا تتصور فيه ، فإذا كان الواعد غير جاد في وعده ، لم تكن هناك صورية بل كان هذا اختلافا بين الإرادة الظاهر والإرادة الحقيقية قريبا من التحفظ ، وكما تكون الصورية في العقود والتصرفات يصح أيضا أن تكون في الأحكام ، وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لم يظهر أن المزاد قد رسا عليه . (السنهوري ص٩٥٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الصورية كما ترد في العقد ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه على ما خلص إليه من صورية دين النفقة وإجراءات التنفيذ به التي انتهت الى إيقاع البيع على الطاعنة صورية قوامها تواطؤ الطاعنة مع المطعون عليه الثاني بقصد الإضرار بالمطعون عليه الأول ، فإنه يكون قد كشف عن بيان الصورية التي اقتنعت بها محكمة الموضوع ، ولا يكون قد خالف القانون إذا أعمل الأثر القانوني المترتب على هذه الصورية وهو إهدار حكم رسو المزاد والقضاء للمطعون عليها الأولى بصحة ونفاذ العقد " (الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ق س٢٩ ص٢١٩ جلسة ١٩٧٨/١/١٧) وبأنه " الصورية ، كما ترد على العقود ، ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم لإيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه " (نقض ١٩٨٠/٦/٢٨ طعن ٨٢٩ س٤٣ق ، نقض ١٩٤٢/١٢/١١ طعن ٢٤ ، ٢٦ س١١ق) وبأنه " الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – كما ترد على العقود ترد على الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التي لا تتعدى مهمة القاضي فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه " (الطعن رقم ٨٢٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٨٠/١١/٦)

ولكن لا تجوز الصورية في الزواج أو الطلاق أو العتاق باعتبارها من الأحكام الشرعية لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "ثلاث جدهم جد وهزلهن جد ، النكاح ، والطلاق ، والعتاق" ، وقوله عليه الصلاة والسلام "أن من لعب بطلاق أو عتاق لزمه" .

• **صوريـــة التفــاسخ** :

قد يكون التفاسخ الذي يبرم بين المتعاقدين كالبائع والمشتري صوري ، وهنا يجوز إثبات هذه الصورية ، ويضحى العقد الذي أبرمه المتعاقدان قائماً بينهما .

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان البائع للبائع قد قرر أنه بعد أن باع له القدر المذكور عاد فرد إليه الثمن ، وحصل منه على إقرار بإلغاء البيع ، فإن هذا التفاسخ وأن كان يمكن أن يعتبر عائقا دون تنفيذ العقد الصادر منه ، إلا أنه إذا كان المشتري الأخير قد تمسك لدى المحكمة بصورية هذا التفاسخ لاصطناعه بعد رفع دعواه للإضرار به ، فإنه يكون واجبا على المحكمة أن تتحدث عن هذه الصورية بما يكشف عن حقيقة الأمر وإلا كان حكمها قاصر الأسباب ، ولا يعد رداً على الدفع بصورية تعاقد ما ، قول المحكمة أن أحد طرفيه قد أقر بصحته " (نقض ١٩٤٤/٤/٦ ج٢ في ٢٥ سنة ص٧٦٤) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بصورية الفسخ – عن عقد البيع الأول – الذي تضمنه عقد الصلح المبرم بين طرفى هذا العقد ، بعد أن بحث أركان عقد البيع المذكور وشروطه وتحقق من صحته وتوافر أركانه ونفاذه بين عاقديه ، فإنه يكون بذلك قد قضى ضمنا بصحة ذلك العقد الذي رتب عليه القضاء بصحة عقد البيع الثاني " (نقض ١٩٧١/٣/١٨ س٢٢ ص٣٤٧)

• **صـــورية التجـــديد** :

استخلاص تتوافر نية التجديد من عدمها تختص به محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى استخلصت محكمة الموضوع من وقائع الدعوى – توافر نية التجديد باستبدال شخص الدائن وتحرير سند صريح بالدين وأن الادعاء بصورية هذا التجديد لم يقم عليه دليل وركن الحكم في ذلك كله الى عدة قرائن يكمل بعضها بعضا وتؤدي في مجموعها الى النتيجة التي انتهى إليها فإنه لا يجدى الطاعن مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها متى كان الحكم قد أقام قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله " (نقض ١٩٦٢/١٢/١٥ طعن ٥٣٧ س٢٦ق)

• **صورية أوراق المجاملة** :

إذا قام شخص بإعطاء شيك أو كمبيالة لشخص ليظهر أمام الغير بوجود أموال لديه ، فتكون الورقة صورية لا وجود لها فيما بين الساحب والمستفيد ، لكن إذا قام المستفيد بتظهيرها وسلمها للغير ، فإن هذا الغير لا يحاج بالصورية إلا إذا كان على علم بعل ويتحمل الساحب إثبات ذلك بكافة الطرق ، ولكن إذا أعطيت الورقة ضمانا من الساحب لدين في ذمة المضمون ، انتفت عنها الصورية وكان الساحب مسئولا عن الوفاء بالدين للمستفيد من الورقة ويكون له بعد ذلك الرجوع على المدين المضمون وله إدخاله في الدعوى ليقضي عليه بما عسى أن يقضي به في الدعوى الأصلية . (أنور طلبة ص٤٧٤)

• **شروط تحقق الصورية** :

يتبين مما قدمناه أن الصورية لا تتحقق إلا إذا توافرت الشروط الآتية : "(١) أن يوجد عقدان – أو موقفان – اتحد فيهما الطرفان والموضوع . (٢) أن يختلف العقدان من حيث الماهية أو الأركان أو الشروط ، (٣) أن يكونا متعاصرين ، فيصدرا معا في وقت واحد" . ولا تشترط المعاصرة المادية ، بل تكفي المعاصرة الذهنية ، أى المعاصرة التي دارت في ذهن المتعاقدين وانعقدت عليها نيتهما وقت صدور التصرف الظاهر ، وإن صدر التصرف الظاهر ، وإن صدر التصرف المستتر بعد ذلك.

وقد قضت محكمة النقض بأن " إنه وفقا للمادة ٣٩٩ من القانون المدني يجوز للبائع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد وإن كان بحسب نصوصه الظاهرة بيعا باتا فإنه في حقيقة الأمر يستر رهنا حيازيا ، وإذن فإذا كان الحكم قد استخلص من شهادة الشهود الذين سمعتهم المحكمة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالي أربعة سنوات إنما ينصب على هذا العقد واستنتج من عباراته أن الطرفين في ذلك العقد إنما قصدا به في الحقيقة أن يكون ساترا لرهن حيازي فإنه لا يكون قد أخطأ ، إذ يكفي في اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما " (الطعن رقم ٥٠ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٤٩/١٢/١٥) وبأنه " إذ استخلص الحكم المطعون فيه مما أورده الخبير في تقريره أن الإقرار اللاحق للعقد محل الدعوى الموصوف بأنه عقد بيع بات إنما

ينصب على هذا العقد واستنتج الحكم من عبارات هذا الإقرار – بما لا خروج فيه على المعنى الظاهر لها – أن العقد وإن كان في ظاهره بيعا إلا أن طرفيه إنما قصدا به في الحقيقة لا منذ البداية الى أن يكون ساترا لرهن حيازي فإن الحكم لا يكون قد أخطأ ، إذ يكفي وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – في اعتبار الإقرار المذكور ورقة ضد توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما " (الطعن رقم ١٢١ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٤/٩)

- **ووجود المعاصرة الذهنية من عدمه ، مسألة متروكة لتقدير القاضي** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " لمحكمة الموضوع ، بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع ، أن تقرر أن العقد محل الدعوى ، وإن صدر في يوم تال لعقد آخر ، بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية ، وأن العقد الأخير ، وإن وصف بأن تراد أو تفاسخ ، هو في حقيقته ، حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ، ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول " (نقض مدني ١٩٤٩/١٢/١ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص٤٨)

- **التمييز بين الصورية وبعض الحالات المشابهة لها** :

(١) **التمييز بين الصورية والتدليس** : تتميز الصورية عن التجليس في أنها عمل يتفق عليه المتعاقدان متواطئين معا ، فليس بغض أحدهما الآخر ، وإنما يريدان معا غش الغير أو إخفاء أمر معين . أما التدليس فعمل يقوم به أحد المتعاقدين لتضليل المتعاقد الآخر .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه ، ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به " (نقض مدني ١٩٣٩/٥/١١ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨١ ص٥٥٣) وبأنه " وقد تجتمع الصورية والتدليس ، كما إذا اتفق البائع والمشتري على صورية البيع ، ولكن المشتري أعطى البائع (ورقة ضد) بتوقيع مزور ، تدليسا منه على البائع " (نقض مدني ١٩٣٧/١١/١٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٣ ص١٩٩)

(٢) **التمييز بين الصورية والتزوير** : تختلف الصورية عن التزوير كذلك ، لأن كلا من المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر ، فلا يجوز إذن الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته . (السنهوري ص٩٥٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " تختلف الصورية عن التزوير لأن كلا المتعاقدين عالم بالصورية ومتواطئ عليها مع الآخر ، فلا يجوز الطعن في العقد الرسمي أو العرفي بالتزوير بسبب صوريته " (الطعن رقم ٤٠١٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/١/٣٠ ، الطعن رقم ٣٧٧ لسنة ٤٦ق س٢٩ ص١٣٣٧ جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥)

(٣) **التمييز بين الصورية والتحفظ الذهني** : تختلف الصورية أيضا عن التحفظ الذهني **(reserve mentale)** في أن الأولى نتيجة تدبير واتفاق طرفين ، أما التحفظ الذهني ففيه يستقل أحد الطرفين – دون أن يتفق في ذلك مع الآخر – بإظهار إرادة وإبطال إرادة أخرى تختلف عن الأولى ، فإرادته الظاهر غير جدية إذ تحفظ ذهنيا بإرادة باطنة تختلف عنها . فالتحفظ الذهني نوع من الصورية في الإرادة الظاهرة ، ولكنها صورية غير متفق عليها بين المتعاقدين . (السنهوري ص٩٥٦)

- **دعـــــوى الصـــــورية** :

دعوى الصورية هى الدعوى التي رفعها المدعى باسمه كلا يعلن بها صورية تصرف معين في جملته أو في ناحية معينة فيه ، وهى وإن كانت تدفع الغش في بعض الصور إلا أن مسألة الغش ليس هى محور الصورية ، فالذي يرمى إليه مدعى الصورية هو الوصول إثبات أن المال مازال موجودا في ذمة المتصرف أو أن ما اتفق عليه لا يطابق الحقيقة في كنهه أو في مقداره ، ولا يمهمه الدافع الذي من أجله وقعت الصورية ، وإذا كان الغش يقع في الكثير من حالات الصورية فإنه لا يكون سوى دليل عليها ، وليس شرطا لاستعمال الدعوى . (عبد المنعم الصدة ص٧٥ ، عزمي البكري ص٩٥٦)

- **الخصوم في دعوى الصورية** :

ويتحدد الخصوم في الدعوى بكل من له مصلحة في التمسك بالعقد الحقيق وبكل من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري ، وقد ترفع دعوى الصورية من أحد طرفى العقد الصوري على الطرف الآخر في العقد بالصورية ، وفي هذه الحالة يجب إدخال من له مصلحة في التمسك بالعقد الصوري في الدعوى ، كخلف المشتري الظاهر إذا كان سيء النية ، وقد يكون الطعن بالصورية في صورة دفع الدعوى يرفعها أحد طرفى العقد الصوري على الطرف الآخر بموجب العقد الظاهر ، ويجوز إبداء

هذا الدفع في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وقد تكون الدعوى مرفوعة من الغير على الطرفين ، فيطعن الغير في العقد الظاهر بالصورية ويتمسك بالعقد المستتر ، لوجود مصلحة في ذلك ، ويجب في هذه الحالة إدخال كل من طرفى الصورية خصما في الدعوى ، وقد يرفع الدائن دعوى الصورية باسم مدينه ، وفي هذه الحالة لا يكون الدائن من الغير ولا يجوز له إصبات الصورية إلا بالطرق التي يستطيع بها المدين إثبات ذلك ، ويجوز للخصم أن يتمسك بالدفوع التي كان يتمسك بها قبل المدين . (السنهوري ص٩٨٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " القانون لا يوجب في دعوى الصورية اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فلا تأثير لعدم اختصام المؤجر في دعوى صورية عقد الإيجار على قبول الدعوى ، وإنما الأثر المترتب على ذلك ينحصر في أن الحكم الصادر فيها لا يكون حجة عليه " (الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص١١٣٥ جلسة ١٩٧٧/٥/٤) وبأنه " لا يوجب القانون في دعوى الصورية – المرفوعة من المشتري الثاني ضد المشتري الأول وهو أحد ورثة البائع – اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فإن عدم اختصام ورثة البائع لا يترتب عليه سوى أنه لا يكون للحكم الصادر في الدعوى حجة عليهم دون أن يؤدي ذلك الى بطلان الحكم . لما كان ذلك ، فإنه لا يقبل من الطاعن – المشتري الأول – التحدي بعدم اختصام ورثة البائع " (نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ س٢٤ ص٩٦٧ ، نقض ١٩٧٩/٢/٢٨ طعن ٣٦٨ س٤٥ق)

- **المصلحة في دعوى الصورية** :

لما كانت دعوى الصورية تخضع لسائر الأحكام التي تخضع لها الدعاوى عموما لذلك فإنه يشترط لقبولها أن يكون من شأنها تحقيق مصلحة للمدعى أو لمن يتمسك بالصورية ، فإن تبين للمحكمة انتفاء هذه المصلحة وجب عليها أن تقضي بعدم قبول الدعوى أو بقبول الدفع المبدي ولو من تلقاء نفسها ، عملا بالمادة الثالثة من قانون المرافعات . (أنور طلبة ، ص٥٥٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يقبل الطعن بصورية عقد ما لم تكن للطاعن مصلحة من وراء إسقاط العقد ، وإذن فإذا كان المدعى عليه في دعوى الصورية قد وجه هو الآخر مطاعن الى العقد الذي يتمسك به المدعى فإنه يكون لزاما على

المحكمة أن تنظر هذه المطاعن وتبحثها لكى تثبت من وجود مصلحة للمدعى ، ولا يصح منها أن تقبل الطعن بالصورية قضية مسلمة مع غض النظر عن قيمة عقده " (الطعن رقم ٥٣ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/٣/٢٦) وبأنه " الطعن بصورية عقد – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه وفي حدود هذه المصلحة ، وإذا كان المطعون ضدهما الأول والثاني إذ طعنا في العقد الصادر من المطعون ضده الرابع الى الطاعن بالصورية إنما يرميان الى إهدار هذا العقد في حدود القدر الذي اشترياه والبالغ مساحته ٦ ط شيوعا في ١٦ س ، ٨ ط تدخل ضمن أطيان عقد البيع المسجل سند الطاعن ، فإنه لا يصح إهدار حق الأخير إلا بالنسبة لهذا القدر فقط ، ويكون الحكم المطعون فيه إذ انتهى الى إهدار حق الطاعن فيما جاوز هذا القدر وقضى بشطب تسجيل العقد بالنسبة لجملة المساحة الواردة عليها يكون قد خالف القانون " (نقض ١٩٩١/١٢/١٩ طعن ٢٦٥ س٥٦ق) وبأنه " الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة وفي حدود هذه المصلحة ، وكان المطعون ضدهم إذ طعنوا بالصورية على العقد الصادر من الطاعن الأول الى الطاعنة الثانية إنما يرمون الى إهدار هذا العقد في خصوص القدر الذي اشتروه من نفس البائع الطاعن الأول البالغ مساحته ١٢ط ، ١ف بموجب العقدين المؤرخين ١٩٦٣/٥/٣١ ، ١٩٦٩/٨/٩ وذلك ابتغاء إزالة العائق الذي يحول دون تحقق أثر هذين العقدين ، فإنه لا يصلح إهدار حق الطاعنين إلا بالنسبة لهذا القدر فقط ويكون الحكم المطعون فيه إذ انتهى الى رفض دعوى الطاعنين فيما زاد عن هذا القدر الذي اشتراه المطعون ضدهم قد خالف القانون مما يوجب نقضه فذ هذا الخصوص " (نقض ١٩٨٦/١٠/٣٠ طعن ١٧٦٧ س٥١ق ، نقض ١٩٨٤/٦/٧ طعن ١٤٤٧ س٥٠ق) وبأنه " دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقة لا يصلح لقبولها وجود مصلحة نظرية بحتة ، فلا تقبل إلا ممن له مصلحة قائمة وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم له بطلبه " (نقض ١٩٧٩/١/٢٥ طعن ١٣٥ س٤٦ق) وبأنه " إن المصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى لا تتوافر فيها صريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات ، إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين : الأول : الاحتياط لدفع ضرر محدق ، الثاني : الاستيثاق لحق يخش زوال دليله عند النزاع فيه ، وإذ كان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين في الحكم

الصادر بسقوط حقهما في أخذ العقار بالشفعة لعدم اختصام المشتري المدعى بصورية عقده ، لا يتوافر به أى من هذين الأمرين في الدعوى المبتدأة المرفوعة منهما بطلب صورية هذا العقد – فإن المصلحة المحتكلة بمعناها المقصود في المادة المذكورة لا تكون متوافرة – رغم الطعن بالنقض في الحكم بسقوط الشفعة " (نقض ١٩٧٩/١/٢٥ طعن ١٣٥ س٤٩ق ، نقض ١٩٧٤/١/٢٢ طعن ٣٦٩ س٣٨ق ، نقض ١٩٦٢/٢/٨ طعن ٣٤٥ س٢٦ق)

كما قضت أيضاً بأن " إن الطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه وفي حدود هذه المصلحة ، فإذا كان المشتري الثاني قد طعن على العقد الصادر من نفس البائع الى المشتري الأول – عن أطيان من بينها الأطيان المباعة للمشتري الثاني – قاصدا إهدار هذا العقد في خصوص القدر الذي اشتراه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى الى رفض دعوى صحة ونفاذ عقد المشتري الأول فيما زاد عن هذا القدر الذي اشتراه المشتري الثاني استنادا الى صورية العقد ، يكون قد خالف القانون في هذا الخصوص " (نقض ١٩٦٢/٢/٨ طعن ٣٤٥ س٢٦ق) وبأنه " لما كان مناط التدخل في الدعوى والطعن بصورية عقد لا يقبل إلا ممن له مصلحة فيه ، وكانت دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المطعون عليه بالصورية النسبية أقامها المطعون ضده على والدته البائعة حال حياتها – أى في وقت لم يكن قد ثبتت فيه للطاعن صفته كوارث ولم تتوافر لديه المصلحة القانونية التي تجيز له طلب التدخل في تلك الدعوى للطعن في هذا العقد بالصورية – فإن الحكم المطعون فيه إذ استخلص من عدم تدخل الطاعن في تلك الدعوى دليلا على جدية طعنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه الفساد في الاستدلال " (نقض ١٩٧٨/٦/١٢ طعن ٧٥٦ س٤٥ق)

- **لا يكفي توافر المصلحة النظرية** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " دعوى بطلان العقد لصوريته صورية مطلقة لا يصلح لقوبلها وجود مصلحة نظرية بحتة ، فلا تقبل إلا من له مصلحة قائمة وحالة فيها ، بحيث تعود عليه فائدة عملية من الحكم به بطلبه " (الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥) وبأنه " المصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى لا تتوافر كصريح نص المادة الثالثة من قانون المرافعات إلا إذا كان الغرض من الطلب أحد أمرين الأول الاحتياط لدفع ضرر محدث ، و (الثاني) الاستيثاق لحق

بخشى زوال دليله عند النزاع فيه ، وإذ كان الطعن بالنقض المرفوع من الطاعنين في الحكم الصادر بسقوط حقهما في أخذ العقار بالشفعة لعدم اختصام المشتري المدعىب صورية عقده ، لا يتوافر به أى من هذين الأمرين في الدعوى المبتدأة المرفوعة منها بطلب صورية هذا العقد – فإن المصلحة المحتملة بمعناها المقصود في المادة المذكورة لا تكون متوافرة – رغم الطعن بالنقض في الحكم بسقوط الشفعة " (الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٥)

- **الطعن الصورية يجب أن يكون صريحاً** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الثابت بصحيفة الاستئناف أن المستأنف مع وصفه العقد الذي هو محل النزاع بأنه عقد صوري قد قرن هذا الوصف بقوله إن المادة التي يتمسك بها في طلب إبطاله هى المادة ١٤٣ من القانون المدني بناء على أنه إنما صدر من مدينته الى ابنتها بقصد الإضرار به ، وكان هذا هو دفاعه الذي أدلى به الى محكمة الدرجة الأولى فردت عليه بأن نية الإضرار به غير مقصودة لأن مدينته إذ باعت منزلها لابنتها شرطت عليها أن تدفع له دينه ، فإنه لا لوم على محكمة الاستئناف إذا ما أيدت حكم محكمة الدرجة الأولى آخذة بأسبابه ومكتفية بها دون بحث في صورية العقد ، بل اللوم على المستأنف نفسه الذي لم يخرج قوله بالصورية مخرج الدفع الصريح الواضح الذي يتحتم على المحكمة أن ترد عليه " (الطعن رقم ٦٨ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/٥/١٥) وبأنه " الطاعن على العقود بالصورية الذي يجب على محكمة الموضوع بحثه والبت فيه يجب أن يكون صريحا في هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما لأن الصورية تعني عدم قيام العقد أصلا في نية عاقديه أما التواطؤ بين المتعاقدين فإنه غير مانع بذاته من جدية العقد ومن رغبتهما إحداث آثار قانونية له " (الطعن رقم ٩١ لسنة ٢٤ق جلسة ١٩٥٨/٤/٣) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الطعن بالصورية الذي يجب على المحكمة بحثه والبت فيه يلزم أن يكون صريحا في هذا المعنى ولا يفيده مجرد الطعن بالتواطؤ أو الاحتيال لاختلاف الأمرين مدلولا وحكما ، لأن الصورية إنما تعني عدم قيام المحرر أصلا في نية عاقديه ، أما التواطؤ فإنه غير مانع من جدية التعاقد ومن قيام الرغبة في إحداث آثار قانونية له ، ولما كان الواقع في الدعوى أن الطاعنة لم تدفع بصورية عقد

الإيجار الصادر للمطعون عليه الثاني أمام محكمة أول درجة ، وإنما بنت دفاعها على أن عملية القرعة التي جعلت منها سندها في مدعاها أجريت بمعرفة المالك – المطعون عليه الأول – وساقت على ذلك في مذكرتيها الشارحتين عدة قرائن تتم عن التواطؤ بين المالك وبين قريب المطعون عليه الثاني ، بدليل تحرير العقد في مقر الشرطة وتأخر المستأجر في استلام الشقة من شاغلها وقتذاك ، وكان هذا لا يعني التمسك على نحو جازم قاطع بصورية هذا العقد ، فلا على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عن هذا الدفاع " (الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

- **تصدي المحكمة من تلقاء نفسها للصورية** :

لمحكمة الموضوع الحق دائما في بحث ما يقدم إليها من مستندات دون حاجة الى إثارة دفوع بشأنها من الخصوم ، فحتى تتمكن المحكمة من أن تقول كلمتها في مستندات الدعوى يجب أن تكون هذه المستندات محل تمحيص المحكمة من تلقاء نفسها لتقرر ما إذا كانت جدية أو صورية وهى بذلك لا تخالف قواعد الإثبات. (أنور طلبة ، ص٥١٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " أن بحث صورية الورقة التي تقدم في الدعوى هو مما تختص به محكمة الموضوع ، فلها بموجب هذه السلطة أن تعرض لها وتستنتج جديتها أو صوريتها من قرائن الدعوى دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاص محكمة الموضوع سائغا " (نقض ١٩٦٩/٦/١٧ س٢٠ ص٩٧٩) وبأنه " لمحكمة الموضوع الحق دائما في بحث جدية الورقة التي تقدم في الدعوى مادام ذلك لازما للفصل فيها فإذا أريد التمسك بورقة ضد الغير كان للمحكمة ، ولو لم يطعن أحد فيها بالصورية ، أن تعرض لها فتستنتج عدم جديتها وصوريتها من قرائن الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان استخلاصا سليما " (نقض ١٩٤٤/٥/٢٥ طعن ١١٨ س١٣ق)

- **أحكام الصورية** :

أولاً : **أحكام الصورية بالنسبة للغير** : **المقصود بالغير** : المقصود بالغير في الصورية دائنو المتعاقدين والخلف الخاص لهما ، وكذلك كل شخص آخر لم يكن طرفا في العقد أو خلفا عاما له ، تكون له مصلحة تجعله يستفيد أو يضار من التصرف الصوري . (عبد المنعم الصدة ٧٨ ، عبد المنعم البدراوي ص١٧٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الغير بالمعنى الذي تقصده المادة ٢٤٤ من القانون المدني هو من يكسب حقه بسبب يغاير التصرف الصوري ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى كما سلف القول الى أن الطاعنة كانت أحد طرفى الإجراءات التي تمت بالتواطؤ بينهما وبين المطعون عليه الثاني والتي انتهت الى إيقاع البيع عليها إضرارا بالمطعون عليها الأولى ، فإن الطاعنة بذلك لا تعتبر من طبقة الغير في معنى المادة ٢٤٤ مدني " (الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٨/١/١٧) وبأنه " مؤدى نص الفقرة الأولى ٢٤٤ من القانون المدني أنه إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، فيجوز للخلف الخاص ولدائني المتعاقدين ومنهم المشتري بعقد غير مسجل أن يتمسك – متى كان حسن النية وقت التعاقد بالعقد الصوري المبرم بين مدينهما دون العقد الحقيق وذلك حماية لحسن النية الذي لازم التصرف وهو الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات " (الطعن رقم ١١٧٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/٥/٨) وبأنه " للمشتري الذي لم يسجل عقده أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هوب صحة عقده ويسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة ، إذ أنه بصفته دائنا للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده " (الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧) وبأنه " مشتري العقار بعقد غير مسجل يعتبر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – من الغير بالنسبة لعقد البيع الآخر الصادر من البائع له عن ذات المبيع وله باعتباره خلفا خاصا أن يتمسك بصورية هذا العقد صورية مطلقة وأن يثبت هذه الصورية بطرق الإثبات كافة وفقا لصريح المادة ٢٤٤ من القانون المدني " (الطعن رقم ٢١٤٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٢/٧) وبأنه " الشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين الطاعنين – المشترين – وبين المطعون عليهما التاسع والعاشر – البائعين – فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد ، بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن ، أخذا بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية ،

لا تصرف قانونيا وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة في صورة عقد بيع " (الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٤)

- **يعتبر أمين التفليسة من طبقة الغير في أحكام الصورية بالنسبة للعقود الصورية التي تصدر من المفلس** :

فإذا حكم بإشهار إفلاس المدين التاجر فإن أمين التفليسة يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للعقود الصورية التي تصدر بعد تاريخ توقفه عن الدفع منسوبة الى أشخاص آخرين سواء كانت من أعمال الإدارة كما إذا استأجر المدين شقة أو محلا إلا أنه حرر العقد على خلاف الحقيقة باسم زوجته كان لأمين التفليسة أن يثبت صورية التصرف بطرق الإثبات كافة ومنها شهادة الشهود وقرائن الأحوال أو كانت من أعمال التصرف كما إذا باع شيئا من أملاكه بعقد بيع صوري ناسبا صدوره الى زوجته فإن أمين التفليسة يجوز له إثبات صورية العقد وأن المدين هو البائع الحقيقي وأنه اختفى وراء زوجته . (الدناصوري والشواربي ، ص١٩٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان المطعون عليه (وكيل الدائنين في تفليسة المدين) يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لعقد الإيجار الصادر عن الجراج باسم زوجة المدين المفلس ولا يتقيد في إثبات حقيقة العقد بعباراته ونصوصه فإن الحكم المطعون فيه إذ استند الى الأدلة والقرائن التي ساقها في إثبات أن المدين هو المستأجر الحقيقي في هذا العقد إنما يكون قد استظهر الحقيقة من الظروف التي أحاطت تنفيذ العقد ولا يكون قد مسخه أو خرج عن قواعد التفسير " (الطعن رقم ٣٢٦ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/٦/١١)

- **تمسك الغير بالعقد المستتر** :

حددت المادة ٢٤٤ من التقنين المدني الغير في الصورية بأنهم هم دائنو المتعاقدين والخلف الخاص ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم ، وقضت بأن لهؤلاء أن يتمسكوا بالعقد المستتر ، والأصل هو أن العقد المستتر – وهو العقد الذي له وجود حقيقي والدة إرادة المتعاقدين – هو الذي يسري ، حتى بالنسبة الى الغير . أما العقد الظاهر فلا وجود له ، فالأصل فيه أنه لا يسري ، حتى بالنسبة الى الغير ، إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك ، فالعقد المستتر هو إذن الذي يسري في الأصل في حق الغير ، حتى لو كان الغير لا يعلم بوجود هذا العقد في مبدأ الأمر ، واعتقد

أن العقد الظاهر هو عقدى جدي ، ويترتب على ذلك أن لدائني البائع ، إذا كان البيع صوريا ، أن يتمسكوا بالعقد المستتر حتى يتمكنوا من التنفيذ على العين المبيعة على أساس أنها لم تخرج من ملك البائع ، ولهم أيضا أن يتمسكوا بأن البيه حقيقته هبة مستترة حتى يسهل عليهم الطعن فيها بالدعوى البوليصية دون حاجة الى إثبات الغش ، وهذا كله حتى لو لم يثبت حقهم في ذمة البائع إلا بعد صدور البيع الصوري كما أسلفنا الإشارة ، وإذا أثبت دائن البائع صورية البيع ، فإنه لا يستأثر وحده بالتنفيذ على العين المبيعة ، بل يشترك معه في التنفيذ سائر الدائنين ، ذلك لأن الدائن إنما حصل على حكم يقرر أمرا واقعا هو أن العين لم تخرج من ملكية المدين ، وبذلك تبقى في الضمان العام لكل الدائنين ، فلا ينفرد الدائن رفع دعوى الصورية بالتنفيذ عليها وحده ، كذلك للخلف الخاص ، الذي كسب حقه من البائع على العين المبيعة صوريا ، أن يتمسك بالعقد المستتر ، ومصلحته في ذلك ظاهرة إذا كان قد كسب حقه بعد صدور البيع الصوري ، حتى يكون كسبه لهذا الحق صحيحا ، وله مصلحة كذلك في التمسك بالعقد المستتر حتى لو كسب حقه قبل صدور البيع الصوري ، إذا كان هذا الحق لم يشهر على الوجه الذي يوجبه القانون قبل تسجيل البيع الصوري ، أو حتى إذا كان قد شهر ولكن الخلف الخاص يريد أن يتجنب إجراءات التتبع وألا يتحمل حق التطهير ، وقد سبقت الإشارة الى ذلك ، مثل ما قدمنا أن يبيه الراهن العين المرهونة بيعا صوريا ويكون الدائن المرتهن لم يقيد الرهن قبل تسجيل البيع الصوري ، أو يبيع المالك العين مرة ثانية بيعا صوريا بعد أن يكون قد باعها بيعا جديا ويسجل المشتري الثاني عقده الصوري قبل أن يسجل المشتري الأول عقده الجدي ، فللدائن المرتهن في المثل الأول ، وللمشتري الأول في المثل الثاني ، أن يتمسكا بالعقد المستتر ويطعنا في العقد الظاهر بالصورية . (السنهوري ص٩٧١ وما بعدها)

- **تمسك الغير بالعقد الصوري** :

للغير بالمفهوم المتقدم أن يتمسك بالعقد الذي تتحقق به مصلحته ، فلدائن البائع له التمسك بالعقد الحقيقي ، بينما دائن المشتري تتحقق مصلحته بالتمسك بالعقد الظاهر الصوري ، ومثل الدائن مشتري ثان وصاحب حق ارتفاق أو انتفاع تلقى حقه من المشتري الصوري (انور طلبة ص٥٢٧) وأساس حق الغير في التمسك

بالعقد الصوري يمكن في رغبة المشرع في حماية الغير حسن النية ضمانا لاستقرار التعامل لذلك وجب لكى يتمسك الغير بالعقد الصوري أن يكون حسن النية وقد تعامله مع المدين أى لا يكون في ذلك الوقت عالما بصورية التصرف حتى لو علم بالصورية بعد ذلك ، وحسن النية مفترض حتى يثبت ما يخالفه ، ولما كان شهر التصرف يقيم قرينة قانونية قاطعة على علم الكافة بالتصرف ومن ثم إذا تم الشهر للتصرف المستتر الحقيق قبل التعامل كان ذلك دليلا على علم الدائن بصورية التصرف الظاهر .

وقد قضت محكمة النقض بأن " لدائني المتعاقدين والخلف الخاص حق التمسك بالعقد الصوري متى كانوا حسن النية وفقا لما تنص عليه المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني ، والعبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية بوقت التعامل ونشوء الالتزام " (نقض ١٩٩١/١/٢٠ طعن ٢٤٨٥ س٥٨ق) وبأنه " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أنه يشترط في الخلف الخاص وهو من كسب حقا من المشترلاي ، حتى يتمسك بالعقد الصوري أن يكون حسن النية أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر ، أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، أما إذا كان سيء النية أى يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر فإن العقد الذي يسري في حقه هو العقد الحقيق شأنه في ذلك شأن المتعاقدين ، ولما كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وفي أسباب سائغة أن الطاعن – المشتري – كان سيء النية ويعلم بورقة الضد عندما تصرفت له المطعون عليها الثانية بالبيع ، ورتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن في التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المطعون عليها الأولى – المالكة الأصلية – والثانية ، وإنما سرى في حقه ورقة الضد المشار إليها . لما كان ذلك ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون " (نقض ١٩٧٨/٥/٢٥ طعن ٣٧٧ س٤٦ق)

كما قضت بأن " النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري " يدل على أن العبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية ، هى بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذي انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله ، فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد

الظاهر حماية لحسن النية الذي لازم التصرف الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات ، وإذ كانت الطاعنتان قد تمسكتا بالعقد الظاهر للبائع لهما وبأنهما لا تعلمان بصوريته ، فإن المرجع في تحديد عدم العلم بالصورية وحسن النية إنما كون بوقت التعامل ونشوء الالتزام بنقل الملكية لا بوقت انتقال الملكية بالتسجيل " (نقض ١٩٧٥/١/٢٦ س٢٦ ص٢٣٥) وبأنه " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أنه يشترط في الخلف الخاص وهو من كسب حقا من المشتري ، حتى يتمسك بالعقد الصوري أن يكون حسن النية أى لا يعلم وقت تعامله مع المالك الظاهر ، أن العقد الظاهر إنما هو عقد صوري ، أما إذا كان سيء النية أى يعلم وقت تعامله بصورية العقد الظاهر ، فإن العقد الذي يسري في حقه هو العقد الحقيق شأنه في ذلك شأن المتعاقدين ، ولما كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها التقديرية وفي أسباب سائغة أن الطاعن – المشتري – كان سيء النية ويعلم بورقة الضد عندما تصرفت له المطعون عليها الثانية بالبيع ، ورتب الحكم على ذلك عدم أحقية الطاعن في التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المطعون عليها الأولى – المالكة الأصلية – والثانية ، وإنما تسري في حقه ورقة الضد المشار إليها . لما كان فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيح القانون " (نقض ١٩٧٧/١/٣١ س٢٨ ص٣٢٨) وبأنه " لدائن المتعاقد أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية ، والمفروض أن للدائن حسن النية لا علم له بالعقد المستتر وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه " (نقض ١٩٧٨/٥/١١ طعن ٢٨٦ س٤٥ق) وبأنه " النص في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه " أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري " ، يدل على أن العبرة في تحديد وقت ثبوت حسن النية هو بوقت التعامل ونشوء الالتزام وهو الوقت الذي انخدع فيه المتعاقد بالعقد الظاهر للمتعاقد معه وانبنى عليه تعامله ، فأعطاه القانون حق التمسك بهذا العقد الظاهر حماية لحسن النية الذي لازم التصرف الأمر الذي يقتضيه استقرار المعاملات ، وإذا كانت الطاعنتان قد تمسكتا بالعقد الظاهر للبائع لهما وبأنهما لا تعلمان بصوريته ، فإن المرجع في تحديد عدم العلم بالصورية وحسن النية إنما يكون بوقت التعامل ونشوء الالتزام بنقل الملكية لا بوقت انتقال الملكية بالتسجيل" (نقض ١٩٧٥/١/٢٦

طعن ٢٢٠ س٣٩ق) وبأنه " إذا كان المشترون قج تمسكوا أمام محكمة الموضوع بأنهم كانوا حسن النية عندما اشتروا أطيان النزاع من مورثهم معتمدين على عقده الظاهر جاهلين ورقة الضد ، وكان المشترون يعتبرون من الغير بالنسبة لهذه الورقة بحكم أنهم اشتروا هذه الأطيان بعقدي بيع مشهرين ، فلهم – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يتمسكوا بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ومن ثم لا يجوز أن يحاجوا بالعقد المستتر ، إلا إذا كان هذا العقد مشهرا أو كانوا هم عالمين بصورية هذا العقد الظاهر أو بوجود ورقة ضد" (نقض ١٩٧٢/٢/٢٨ طعن ٤٢٨ س٣٧ق) وبأنه " للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا العقد في مصلحته ولا يجوز أن يحاج – المشتري – بورقة غير مسجلة ، تفيد صورية عقد البائع له متى كان لا يعلم بصورية ذلك العقد " (نقض ١٩٧١/٤/٢٢ طعن ٤٨٥ س٣٦ق) وبأنه " لا يجوز للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر لا في حالة تعدد المتصرفين للعقار من تصرف المالك لأكثر من مشتري ، فليس لأحدهم التمسك بالعقد الظاهر المبرم بين المالك والغير ، وقضت محكمة النقض بأن بيع المتصرف ذات العقار لأشخاص مختلفين على أساس أسبقية تسجيل عقودهم يحول دون أعمال حكم المادة ٢/٢٤٤ من القانون المدني بتفضيل المتمسك بالعقد الظاهر على من يتمسك بالعقد المستتر لاقتصار هذا الحكم على حالة اختلاف شخص المتصرف " (نقض ١٩٨٠/٥/١٩ طعن ١٥٨٩ س٤٨ق)

- **المفاضلة عند تمسك البعض بالعقد الحقيقي والبعض بالعقد الصوري** :

إذا تعارض مصالح ذوي الشأن (الغير) ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية لمن يتمسكون بالعقد الظاهر ، فمن المتصور أن يكون للغير مصلحة في التمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، فمثلا من صالح دائني المشتري الصوري التمسك بالعقد الظاهر حتى يدخل المبيع في ضمانهم العام ، وكذلك من مصلحة المشتري من المشتري الصوري أن يتمسك بعقد سلفه الظاهر حتى تنتقل إليه للملكية ، وللشفيع أن يودع في خزانة المحكمة الثمن المسمى بالعقد الظاهر ، دون أن يحتج عليه بالثمن الحقيقي إذا كان أعلى ، مادام أنه لم يثبت أنه كان يعلم بهذا الثمن الحقيقي ، وله أن يحتج بأن العقد هو بيع وليس في حقيقته هبة ، حتى تجوز له الشفعة فيه . (عزمى البكري ص٩٨٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر بنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ من القانون المدني أنه " إذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين ، وهدف المشرع من ذلك – على ما جاء بالمذكرة الإيضاحية – هو استقرار المعاملات ، فإذا تمسك دائن البائع في العقد الظاهر بالعقد المستتر وتمسك دائن المشتري في العقد الظاهر بهذا العقد كانت الأفضلية لهذا الأخير لاعتبارات تتعلق بتأمين ذلك الاستقرار " (نقض ١٩٨٦/٣/٣٠ طعن ٢١١٨ س٥٢ق) وبأنه " مؤدى النص في المادة ٢٤٤ من القانون المدني على أنه " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسن النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم ، وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين " ، وفي المادة ٢٤٥ على أنه " إذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقج الحقيقي " أن المشرع نظم بهذين النصين أحكام الصورية سواء فيما بين المتعاقدين والخلف العام وفيما بينهما وبين دائنيهم والخلف الخاص ، أو فيما بين هؤلاء الأخيرين ، ولما كان حق دائني المتعاقدين والخلف الخاص في التمسك بالعقد الظاهر طبقا لهذه الأحكام هو حق استثنائي مقرر لهؤلاء وأولئك في مواجهة من يتمسك بالعقد الحقيقي وذلك على خلاف القواعد العامة – إذ يستمد من عقد لا وجود له قانونا – في حين أن حق الوارث الذي يطعن على تصرف مورثه بأنه يخفى وصية هو حق أصلي يستمده من قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام وتجعل واقعة وفاة المورث سببا مستقلا لكسب الملكية ولا يستمده من المورث ولا من الوصية ، ومن ثم لا يعد هذا الوارث طرفا في أية علاقة من ذلك التي تنظمها أحكام الصورية المشار إليها ، ولا يعتبر لذلك من ذوي الشأن الذيت تجرى المفاضلة بينهم طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ سالفة الذكر – وهم دائنوا المتعاقدين والخلف الخاص – فلا يقبل من هؤلاء وأولئك التمسك بالعقد الظاهر في مواجهة حقه في الإرث بل يقدم حقه على حقهم في هذا الشأن " (نقض ١٩٨٧/٣/٢٤ طعن ١٢٥٨ س٥٣ق)

- **التمسك بالصورية أمام محكمة الاستئناف** :

يجوز الطعن بصورية العقد في أى حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ويجب إبداء هذا الدفاع في صورة واضحة وأن يظل الطاعن متمسكا به حتى إقفال باب المرافعة في الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن " وأنه إذا كان الطاعنون قد تخلفوا عن إعلان شهودهم أمام محكمة أول درجة وقرروا بلسان محاميهم أمام تلك المحكمة باستغاءهم عن إحضار شهود لنفى تلك الصورية اكتفاء بما قدموه من دفاع في الدعوى ولم يطلبوا من محكمة الاستئناف إحالة الدعوى الى التحقيق لتمكينهم من نفى الصورية بشهادة الشهود ، فإنه لا يكون لهم بعد ذلك أن يعيبوا على محكمة الاستئناف عدم اتخاذ هذا الإجراء من تلقاء نفسها إذ الأمر فيه يصبح في هذه الحالة من إطلاقاتها " (نقض ١٩٦٩/٢/٦ س٢٠ ص٢٧٠ ، نقض ١٩٧٣/٤/١٠ طعن ١٠٩ س٣٨ق) وبأنه " السبيل لبحث أسباب العوار التي قد تلحق بالأحكام هو الطعن عليها بطرق الطعن التي حددها القانون على سبيل الحصر ، فإذا كان الطعن عليه غير جائز أو كان قد استغلق فلا سبيل لإهدارها بدعوى بطلان اصلية لمساس ذلك بحجيتها إلا إذا تجردت هذه الأحكام من أركانها الأساسية ، وإذ كان الطعن بالصورية لا يجرد الحكم من أركانه الأساسية ، فإنه يكون من غير الجائز رفع الدائن لدعوى بطلان الحكم – الصادر ضد مدينه للصورية " (نقض ١٩٨٠/١/٢٤ طعن ٥٦٧ س٤٢ق) وبأنه " إذا كان الدفاع بالصورية مما لو صح يتغير به وجه الحكم في الدعوى ، وكان الثابت أن صاحب هذا الدفاع قد طلب الى محكمة الاستئناف في مذكرة قدمها إليها إحالة الدعوى الى التحقيق لإثبات الصورية التي يدعيها ، وكان الحكم قد جاء خلوا من إيراد هذا الطلب ومن الرد عليه ، فإنه يكون قد عاره بطلان جوهري " (نقض ١٩٤٧/١٢/٢٥ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٦٥)

- **لا يجوز التمسك بالصورية أمام محكمة النقض** :

الطعن بصورية التصرف ينصب على مسألة موضوعية يتعين طرحها على محكمة الموضوع لتقول فيها كلمتها فإن لم يتحقق ذلك فلا يجوز إبداء هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض فإذا كان ابدى سببا جديدا لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع مما يوجب عدم قبوله . (أنور طلبة ص٥٢٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كان ما يثيره الطاعن من صورية الاتفاق على التصريح بالتأجير من الباطن يعد سببا جديدا لم يسبق له التمسك به أمام محكمة الموضوع لأنه واقع فلا يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة النقض " (نقض ١٩٧٦/٤/١٤ طعن ٥٦٢ س٤١ق) وبأنه "متى كان لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بأن التصرف الصادر من المورث الى ورثته كان في حقيقته وصية مستورة في عقد بيع ، فإنه لا يقبل التحدي بهذا الدفاع لأول أمام محكمة النقض ، ولا يغير من ذلك القول بأن تكييف التصرف بحسب وصفه القانوني هو مسائل القانون مادام أن الوصف الذي يضفيه القانون على التصرف لا يستبين إلا بتحقيق عناصره وأركانه واستخلاص نية المتعاقدين فيه ، وهو مما يتصل بوقائع الدعوى التي يجب أن يظرها الخصم على محكمة الموضوع " (نقض ١٩٥٦/٢/٩ س٧ ص٢٠٥) وبأنه " لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأن صورية عقد البيع محل النزاع هى صورية نسبية ولا تعدو ستر التبرع الذي كان مقصودا بهذا العقد " (نقض ١٩٥٦/٦/٧ س٧ ص٧٠١)

- **إثبات الغير للصورية** :

يقع على الغير الذي يتمسك بالعقد المستتر أن يثبت صورية العقد الظاهر ، وهو يستطيع أن يفعل ذلك بجميع وسائل الإثبات ، ولو كانت قيمة التصرف تزيد على خمسمائة جنيه ، ولو كان التصرف الظاهر مكتوبا ، لأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق . (السنهوري ص١٠٣٥ ، إسماعيل غانم ص٢٠٥ ، محمد لبيب شنب ص٢٧٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر في قضاء محكمة النقض أن المشتري – في أحكام الصورية – يعتبر من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من البائع الى مشتر آخر ، ومن ثم يكون له أن يثبت صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات " (نقض ٢٠٠١/٥/٢٢ طعن ٩٧٩٦ س٦٤ق) وبأنه " لما كان الثابت في الأوراق أن الطاعنين دفعا أمام محكمة الاستئناف بأن عقد البيع المؤرخ .... الصادر من الطاعن الثاني للمطعون ضدهم الثلاثة الأوائل عقد صوري لم يدفع فيه ثمن ، وبأن تمكين الأخيرين من الإقامة في الشقة موضوع النزاع كان على سبيل التسامح ، وطلبا إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات هذه الصورية ، وكانت الطاعنة الأولى تعتبر من الغير

بالنسبة لهذا العقد ، ومن ثم يجوز لها إثبات صوريته بطرق الإثبات كافة باعتبارها مشترية من البائع فيه ، ومن حقها إزالة جميع العوائق التي تصادفها في سبيل تحقيق أثر عقدها ، وأن طلب الطاعن الثاني إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات صورية العقد المشار إليه لم يدفع من خصومه ، المذكورين بعدم جواز إثبات هذه الصورية بغير الكتابة ، فإنه لا يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن ترفض هذا الطلب على سند من أن القانون لا يجيز إثبات ما يخالف الثابت كتابة بغير الكتابة ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ورفض إجالة الطاعنين الى طلب إحالة الدعوى للتحقيق لإثبات صورية العقد سالف الذكر تأسيسا على أنهما عجزا عن تقديم دليل كتابي يدل على هذه الصورية ولا يجوز لهما إثبات هذا الزعم بغير الكتابة ، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " (نقض ٢٠٠١/٥/٢٢ طعن ٩٧٩٦ س٦٤ق)
وبأنه " لما كان الثابت في الأوراق أن محكمة أول درجة أحالت الدعوى للتحقيق ليثبت المطعون ضدهما الثاني والثالثة أن عقد شراء الطاعنة عقد صوري صورية مطلقة ، فاشهدا كلا من .... ، .... فقررا أنهما لا يعلمان شيئا عن هذا العقد ، وأن الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه – رغم تحصيله لمضمون أقوال الشاهدين المذكورين – اقام قضاءه بصورية ذلك العقد على اطمئنانه لشهادتيهما المؤيدة بمستندات الدعوى دون بيان ماهية هذه المستندات ومدى تعلقها بالدفع بالصورية ، وأن الحكم المطعون فيه اضاف الى ذلك قوله "هذا بالإضافة الى القرينة المستفادة من شراء المستأنفة لحصة في عقار النزاع ومبادرتها وزوجها المستأنف عليه الأول الى تسجيل عقد شرائها وهو ما لا يحدث عادة بين الأزواج رغم وجود عقد بيع سابق صادر من زوجها الى المستأنف عليهما الثاني والثالثة ، فإذا أضيف الى ذلك ما قرره الشهود فإن ذلك يقطع بصورية عقدها " ، وإذ كان البين مما تقدم أن أحدا لم يشهد بصورية عقد شراء الطاعنة ، وأن الدعوى لم تقدم فيها أية مستندات تدل على هذه الصورية ، وأنه ليس في ثبوت علاقة الزوجية بين الطاعنة وزوجها المطعون ضده الأول ، ولا في مبادرتهما الى تسجيل عقد البيع المبرم بينهما ، ولا في اتصال علم الطاعنة بسابقة بيع زوجها للحصة التي اشترتها لشقيقة المطعون ضده الثاني ، ووقع خلاف بينهما على باقي الثمن ، ما يدل على ثبوت الصورية ، فإن الحكم المطعون فيه – بما أقام عليه قضاءه – يكون معيبا

بمخالفة الثابت في الأوراق ، وبالخطأ في الإسناد والفساد في الاستدلال " (نقض ٢٠٠١/٦/٥ طعن ٤٧٩٨ س٦٢ق) وبأنه " إذ كان الثابت في الأوراق أن الطاعن دفع بصورية عقد البيع الصادر للمطعون ضده فأحالت المحكمة الاستئناف للتحقيق لإثبات صورية هذا العقد فأشهد الطاعن ضاهديم قالا أنهما لا يعلمان شيئا عن العقد المدفوع بصوريته ، وما إذا كان عقدا صوريا أو جديا ، ومن ثم انتهى الحكم المطعون فيه الى أن الطاعن عجز عن إثبات تلك الصورية ، فإن النعى على الحكم بسببى الطعن (بسببى الفساد في الاستدلال ومخالفة الثابت في الأوراق المؤسسين على أن المحكمة بنبت قضاءها برفض الدفع بالصورية على أن الطاعن عجز عن إثباتها دون أن تناقش ما طرح في الدعوى من قرائن على ثبوتها وكذب شهادة شاهدى المطعون ضده) ينحل الى جدل موضوعي فيما لمحكمة الموضوع سلطة وزنه وتقديره مما تنحسر عنه رقابة هذه المحكمة ، لا يغير من ذلك ما اعتصم به الطاعن من أن شهادة شاهدى النفى يكذبها الثابت في الأورقا ، ذلك أن كذب هذه الشهادة أو مخالفتها للثابت في الأوراق لا يعفى مدعى الصورية من إثباتها ولا يصح اتخاذه دليلا على ثبوت هذه الصورية " (نقض ٢٠٠١/٤/١٠ طعن ٢٤٢٣ س٧٠ق)

كما قضت بأن " الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من الغير في الصورية ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافة ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقا على التصرف الصوري بل يصح أن يكون حقه تاليا لهذا التصرف إذ أن التصرف الصوري الصادر من المدين يبقى صوريا حتى بالنسبة الى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف ويظل الشيء محل التصرف داخلا في الضمان العام للدائنين جميعا سواء منهم من كان حقه سابقا على التصرف الصوري أو لاحقا له وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء مادام خاليا من النزاع ، ذلك أنه متى كان التصرف صوريا فإنه لا يكون له وجود قانونا ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون هو المقصود إضراره بالتصرف الصوري إذ من مصلحة أى دائن للمتصرف أن يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشيء محل التصرف في الضمان العام للدائنين فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالصورية الذي أبداه الطاعن على أن دينه لاحق للتصرف المدعى بصوريته وعلى انقطاع صلته بالدائن الذي قصد بهذا

التصرف التهرب من مدينه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله " (نقض ١٩٦٥/١٢/٩ س١٦ ص١٢٢٣) وبأنه " الغير في الصورية هو – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – كل ذي مصلحة ولو لم يكن طرفا في العلاقة المطعون عليها بالصورية ، ويحق لهذا الغير إثبات صوريتها إضرارا بحقوقه وذلك بجميع طرق الإثبات القانونية " (نقض ١٩٩٠/٧/١٨ طعن ٣٦١٨ س٥٩ق ، نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ طعن ١٩١ س٤٦ق) وبأنه " البائع في البيع الصوري يعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع الصادر من المشتري الصوري ومن ثم يكون له إثبات صورية البيع الأخير بكافة طرق الإثبات القانونية " (نقض ١٩٧١/١/٣١ س٢٨ ص٣٢٨ ، نقض ١٩٩٧/١/٣٠ طعن ٤٠١٤ س٦٦ق ، نقض ١٩٩١/٣/٥ طعن ٣٤٦ س٥٨ق ، نقض ١٩٨٦/١/٩ طعن ٧٣٨ س٥١ق ، نقض ١٩٨٥/٤/١٨ طعن ٢١٢ ص٥٢) وبأنه " للدائن أن يثبت بكل طرق الإثبات صورية تصرفات مدينه التي تمت إضرارا بحقوقه عملا بالفقرة الأولى من المادة ٢٤٤ من القانون المدني " (نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ س٨ ص٥٢٠) وبأنه " لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن كان قد اعتصم بعقد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات البيع ومن نفس البائع الى المطعون ضدها الأولى فإنه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجوز له عند ادعائه صوريته إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات ، لما هو مقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن " للمشتري ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دائنا للبائعس في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة – وفقا لصريح نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني – أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطريق الإثبات كافة باعتباره من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع الى مشتر آخر " ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عن إجابة طلب الطاعن إحالة الدعوى الى التحقيق باعتبار أنه وارث للبائع لا يجوز له إثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الأولى بذلك ودون الاعتداد بصفة الطاعن كمشتر من نفس البائع بما يتيح له

بهذه الصفة إثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه ، فإنه يكون قد خالف القانون " (نقض ١٩٩٦/٥/١٦ طعن ٤٤٤٦ س٦٥ق ، ١٩٩٥/٤/٦ طعن ٤١٠٤ س٦٠ق ، ١٩٩٣/١٢/٢ طعن ٢٤٠٠ ، ٢٤٣٨ س٥٩ق ، ١٩٩٠/٢/٧ طعن ٢١٤٦ س٥٥ق)

وقضت كذلك بأن " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذي أضر بهم أمام المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة .... الخ" (الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١) وبأنه " إنه وإن كان مفاد نص المادة ٩٣٨ من التقنين المدني أنه إذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتر ثان قبل إعلان أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة ، فإنه يسري في حق الشفيع ، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني ، وبالشروط التي اشترى بها ، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني صوريا ، فإذا ادعى الشفيع صوريته ، كان من حقه – باعتباره من الغير – إثبات الصورية بكافة كرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن ، فإن أفلح اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائما وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له " (الطعن رقم ٧٥١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/٦/١١) وبأنه " متى كانت المطعون عليها الأولى – المالكة الأصلية والبائعة المطعون عليها الثانية بالعقد الصوري تعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع الصادر من المطعون عليها الثانية الى الطاعن – عن ذات القدر – وكان لها بالتالي أن تثبت صوريته بكافة طرق الإثبات ، وقد قضت محكمة أول درجة بإحالة الدعوى الى التحقيق لتثبت المطعون عليها الأولى صورية هذا العقد صورية مطلقة ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى في أسباب سائغة الى أن عقد الطاعن صوري ورتب على ذلك قضاءه برفض دعواه بصحة ونفاذ عقده ، فإن النعى على الحكم بعدم جواز إثبات صورية عقده بغير الكتابة يكون غير سديد " (الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١) وبأنه " المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع الى – مشتر آخر وله وفقا لصريح نص المادة ٢٤٤ من القانون المدني أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة ولو كان العقد المطعون فيه

مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقدا جديا كما أن التسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدي " (الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٦/٧) وبأنه " من المقرر أنه لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم ، وكانت المطعون ضدها الأولى لم تدفع بعدم جواز إثبات صورية عقدها صورية مطلقة بالبينة ، فإن الثابت كذلك من الأوراق أن الطاعن كان قد اختصم بعقد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات المبيع ومن نفس البائع الى المطعون ضدها الأولى فإنه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجوز له عند ادعائه صوريته إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات ، لما هو مقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن للمشتري ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دائنا للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفع في سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة – وفقا لصريح نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني – أن يثبت صورية العقد الذي أضر به بطرق الإثبات كافة باعتباره من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع الى مشتر آخر ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عن إجابة طلب الطاعن إحالة الدعوى الى التحقيق باعتبار أنه وارث للبائع لا يجوز له إثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الأولى بذلك ودون الاعتداد بصفة الطاعن كمشتر من نفس البائع بما يتيح له بهذه الصفة إثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه ، فإنه يكون قد خالف القانون " (الطعن رقم ٤٤٤٦ لسنة ٦٥ق جلسة ١٩٩٦/٥/١٦) وبأنه " لما كان الحكم المطعون فيه قد استدل على صورية عقد شراء الطاعنة لعين التداعي لمجرد تراخي تنفيذه على الطبيعة من وقت غبرامه في ١٩٨٨/١٢/١ حتى ١٩٩٦ ولأن الطاعنة قد تقدمت مع آخرين بشكوى للمدعى العام الاشتراكي ضد المطعون ضدهما الثاني والثالث لقيامهما ببيع وحدات سكنية منب ينها عين النزاع أكثر من مرة وقد قضى ضدهما بالحبس في الجنحة رقم ..... جنح حلوان لبيعهما الشقق لأكثر من شخص

ولما كان مجرد تأخير تنفيذ عقد شراء الطاعنة لعين النزاع من وقت إبرامه في ١٩٨٨/١٢/١ حتى عام ١٩٩٦ لا يدل بذاته على صورية وعدم جدية هذا العقد هذا بالإضافة الى أن شكاية الطاعنة للمدعى العام الاشتراكي ضد المطعون ضدهما الثاني والثالث لتكرار بيعهما شقة التداعي أكثر من مرة ولأكثر من شخص وإدانتهما جنائيا لهذا السبب لا يتأتى منطقا ولا عقلا اعتباره قرينة على صورية عقد شراء الطاعنة لعين التداعى ويكون الحكم بهذه المثابة قد أقام قضاءه بصورية العقد المؤرخ ١٩٨٨/١٢/١ على قرائن معيبة ورتب على ذلك قضاءه بعدم نفاذ هذا العقد في حق المطعون ضدها الأولى فإنه يكون معيبا بالفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب " (الطعن رقم ٥٠٥٨ لسنة ٧٢ق جلسة ٢٠٠٤/٤/١٥)

- **الإخفاق في إثبات الصورية** :

إذا نجح الطاعن في إثبات الصورية كان التصرف الحقيقي هو الذي يعمل به وينتج أثره في العلاقة بين الغير وأطراف ذلك التصرف ، أما إذا أخفق الطاعن في إثبات الصورية ، فإن مفاد ذلك أنه لا يوجد عقد آخر غير العقد المطعون عليه ويكون الطاعن غير محق فيما ادعاه من عدم جدية هذا العقد مما يؤدي الى اعتباره غير صوري مرتبا كافة الالتزامات التي تضمنها بالنسبة لطرفيه فتنفذ جبرا عند الاقتضاء ، وتسري كافة الأحكام الواردة به ، فإن كان الطاعن شفيعا ادعى صورية الثمن المسمة بالعقد فأودع مبلغا أقل ، سقط حقه في الشفعة وهكذا . (أنور طلبة ص٥٠٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا دفع بصورية عقد بيع مسجل صادر من والد الى ولده بالصورية المطلقة ، فأحالت المحكمة الدعوى الى التحقيق ، ثم استخلصت استخلاصا سائغا من أقوال الشهود إثباتا ونفيا – بعد أن أوردت مجمل هذه الأقوال في حكمها – أن الطاعن في العقد قد عجز عن إثبات دفعه بالصورية ، ثم خلصت الى القول بأن العقد عقد تمليك قطعي منجز انتقلت الملكية بموجبه فورا حال حياة البائع وأنه عقد صحيح سواء باعتباره بيعا حقيقيا أوب يعها يستر هبة وأنه حتى مع التسليم أن ثمنا لم يدفع فإنه لا مانع قانونا من أفراغ الهبة المنجزة في صورة عيد بيع صحيح ، فحكمها بذلك صحيح ولا وجه للطعن فيه بأنه فيما فعل قد خلط بين الصورية النسبية والصورية المطلقة " (نقض ١٩٥٠/١٢/٢٠ جـ٢ في ٢٥

سنة ص٧٦٣) وبأنه " التمسك بأن عقد البيع يستر وصية هو مطعن بالصورية النسبي بطريق التستر ويقع على الطاعن – وارث البائعة – عبء إثبات هذه الصورية ، فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه " (نقض ١٩٧٥/٦/٢٦ س٢٦ ص١٣١٤)

- **عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام** :

القواعد المقررة في إثبات التصرفات غير متعلقة بالنظام العام ، ومن ثم لا يجوز للمحكمة أن تتعرض لها من تلقاء نفسها ، فإن كان التصرف لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ومع ذلك طلب الخصم إحالة الدعوى الى التحقيق لإثباته بكافة الطرق بما في ذلك البينة وحدها أو القرائن وحدها أو بالاثنين معا ، فليس للمحكمة أن ترفض هذا الطلب من تلقاء نفسها قولا منها بان التصرف يجاوز نصاب البينة أو أنه ثابت بالكتابة فلا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة ، بل يتعين عليها إجابة هذا الطلب أن تضمن دفاعها جوهريات أو ترفضه ليس للأسباب السابقة إنما لما توافر لديها من أدلة أخرى تغني عن التحقيق المطلوب ، كما يجب عليها رفضه إذا دفع الخصم الآخر بعدم جواز الإثبات بالبينة أو القرائن ، فإذا حضر ولم يتمسك بالدفع قبل البدء في سماع شهادة الشهود أو طلب أجلا لإعلان شهوده عد ذلك تنازلا عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون ولا يجوز التحدي بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض . (أنور طلبة ص٥١٠)

- **أدلـــة الصوريـــة** :

ليس المقصود بأدلة الصورية ، الأدلة الكاملة التي تدل على الصورية كالدليل الكتابي الذي يتضمن حقيقة التصرف والإقرار وشهادة الشهود وغيرها من الأدلة ، وإنما تدخل القرائن في معنى أدلة الصورية ، ومن ثم فإن أدلة الصورية تطلق على الدليل الكامل وأيضا على القرينة ، وإن كان الدليل في الإثبات يقدم على القرينة إلا أن المحكمة لا تتقيد بذلك في مجال الصورية ، فإن لم تجد دليلا كاملا عليها في الأوراق ولكن وجدت قرينة تدل عليها أخذت بها وقضت بصورية المحر ، متى كان الإثبات بالبينة جائزا ، والقرينة إما أن تكون قانونية وإما أن تكون قضائية ، والأولى هى التي يجرى بها نص في كنص المادتين ٩١٦ و٩١٧ أما الثانية فهى التي يستخلصها القاضي من وقائع الدعوى . (أنور طلبة ص٥٣٩)

- **تقدير أدلة الصورية من سلطة قاضي الموضوع** :

تقدير الادعاء بالصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى دون أى رقابة لمحكمة النقض إلا أن شرط ذلك أن يكون استخلاص جدية الادعاء بالصورية أو عدم جديته سائغا ومستمدا مما له أصله الثابت بالأوراق ويؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها . (عزمي البكري ص٩٧٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " من المقرر وعلى ما جرى عليه قضاء النقض – أن تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع وله السلطة التامة في استخلاص عناصر الغش من قرائن الدعوى وأدلتها دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا " (نقض ١٩٨٣/٣/١ طعن ٣٠٦ س٤٣ق ، نقض ١٩٨١/١١/٢٩ طعن ٤٨٩ س٤٨ق) وبأنه " تقدير أدلة الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى وتقضي بما يطمئن إليه وجدانها " (نقض ١٩٨٣/١/١٩ طعن ١٤٥٥ س٤٨ق) وبأنه " تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، ولما كان ما أورده الحكم في شأن أقوال الشهود لا يخرج عما هو ثابته في التحقيق ، كما أن ما استخلصه منها لا يتجافى مع عبارتها ومن شأنه وبالإضافة الى القرائن التي ساقها أن يؤدي الى ما انتهى إليه من صورية عقد البيع الصادر الى مورث الطاعنين صورية مطلقة ويكفي لحمله ، ولا يغير من ذلك أن هذا العقد أسبق في التاريخ على عقد البيع الصادر الى المطعون عليه الأول ، إذ ليس من شأن هذه الأسبقية أن تنفي الصورية عن العقد الأول وأنه غير موجود قانونا . لما كان ذلك ، فإن النعى يكون على غير أساس " (نقض ١٩٧٦/٣/٢٣ طعن ٥٥٦ س٣٩ق) وبأنه " تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع ، كما أن له سلطة تامة في استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش ، وما لا يثبت دون رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك مادامت الوقائع تسمح به ، فإذا كانت محكمة الموضوع قد رأت في أوراق الدعوى وظروفها وملابساتها ما يكفي لنفى الصورية الغش والتدليس المدعى بها ، فإنها ليست في حاجة بعد ذلك لسماع الشهود لإثبات ونفى هذه الصورية " (نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ طعن ٢٧٧ س٣٦ق ، نقض ١٩٦٤/٥/٢٨

طعن ٤٦٨ س٢٩ق ، نقض ١٩٥٠/٦/١ طعن ١٧٦ س١٨ق ، نقض ١٩٨٣/١/٣١ طعن ١١٩٩ س٥٠ق) وبأنه " من المقرر في قضائها أنه إذا بنى الحكم على دعامتين كل منهما مستقلة عن الأخرى وكان يصح بناء الحكم على إحداها فإن النعى عليه في الدعامة الأخرى يكون غير منتج " (نقض ١٩٧٣/٤/٣ س٢٤ ص٥٥٩ ، ١٩٧٣/٤/١٧ س٢٤ ص٦١٦ ، ١٩٧٣/٤/٢٦ س٢٤ ص٦٩٤ ، ١٩٧٣/٥/١٧ س٢٤ ص٧٧٢ ، ١٩٧٣/٥/٢٤ س٢٤ ص٨٢٣) وبأنه " إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على عدة دعامات تكفي إحداها ليسقيم بها قضاؤه ، فإنه لا يعيبه عدم رده على دفاع يقوم على مناقشة أية دعامة أخرى " (نقض ١٩٧٤/٢/٢ س٢٥ ص٢٧٧) وبأنه " تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى " (نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ طعن ١٠١ س٣٦ق ، نقض ١٩٨١/١٢/١٠ طعن ٨٩٩ س٤٣ق ، نقض ١٩٨٣/١/٣١ طعن ١٢٩٩ س٥٠ق ، نقض ١٩٨١/١٢/٢٧ طعن ٧٥٣ س٤٨ق)

وقضت أيضاً بأن " متى كانت الأدلة والقرائن من شأنها أن تؤدي في مجموعها الى ما رتبته عليها محكمة الموضوع ولها أصلها الثابت في الأوراق ، وكان تقدير الأدلة مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة عليه فيه من محكمة النقض ، متى كانت هذه الأدلة مستمدة من أوراق الدعوى ومستخلصة منها استخلاصا سائغا ومن شأنها أن تؤدي الى النتيحة التي انتهى إليها ، وكانت محكمة الموضوع متى استندت في قضائها الى جملة قرائن يكمل بعضها بعضا وتؤدي في مجموعها الى النتيجة التي خلصت إليها ، فإنه لا يقبل من الطاعنين مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها في ذاتها ، فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس " (نقض ١٩٧٤/٥/٨ س٢٥ ص٨٣١ ، ١٩٦٧/١١/١٤ س١٨ ص١٦٦٨) وبأنه " تقدير كفاية أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع ، فإذا هو رفض الدفع بالصورية بناء على أن كلا من طرفى الدعوى قد طعن على عقد الآخر بأنه صوري وأن ما قدمته كل منهما في سبيل تأييد دفعه من قرائن منها صلة القرابة بين البائع والمشتري وبخس الثمن وعدم وضع اليد تنفيذا للبيع لا تكفي وحدها دليلا على الصورية ، فلا يقبل الطعن في حكمه بالقصور" (نقض ١٩٥٠/٦/١ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٦٢ ، ١٩٧١/١/٥ س٢٢ ص٥) وبأنه " تقدير الأدلة هو – وعلى ما

جرى به قضاء محكمة النقض – من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون ما رقابة عليها من محكمة النقض مادام قضاؤها قائما على أسباب تسوغه " (نقض ١٩٧٣/٤/٣ س٢٤ ص٥٥٩ ، نقض ١٩٧٦/٥/١٠ طعن ٢٨٢ س٤٢ق ،١٩٧٤/١/٢٢ س٢٥ ص٢١٦ ، ١٩٧٠/٤/٢٨ س٢١ص٧١٤ ، ١٩٧٨/١/١٧ طعن ٧٧٩ س٤٣ق) وبأنه " لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب التحقيق الذي يطلب منها كلما رأت أنها ليست في حاجة إليه ، فإذا كانت محكمة الاستئناف قد انتهت الى أن العقد محل النزاع هو عقج بيع حقيقي استوفى أركانه القانونية ، اخذا بأقوال الشهود الذين سمعوا في التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة ، وهو ما يدخل في سلطة محكمة الموضوع في تقدير أقوال الشهود ، فإنها بذلك تكون قد رفضت ضمنا طلب الإحالة الى التحقيق لإثبات صورية الثمن لما تبينته من عدم الحاجة إليه اكتفاء بما هو بين يديها من عناصر الدعوى والتحقيقات التي تمت فيها ، وهو حقها الذي لا معقب عليها فيه " (نقض ١٩٧٢/٣/٧ س٢٣ ص٢٩٨) وبأنه " تقدير أدلة الصورية مما يستقل به قاضي الموضوع ، كما أن له سلطة تامة في استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت به هذا الغش ، وما لا يثبت دون رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك مادامت الوقائع تسمح به ، فإن كانت محكمة الموضوع قد رأت في أوراق الدعوى وظروفها وملابساتها ما يكفي لنفى الصورية والغش والتجليس بها ، فإنها ليست في حاجة بعد ذلك لسماع الشهود لإثبات ونفى هذه الصورية " (نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ س٢١ ص١٣٢٨)

- **استخـــلاص الصـــورية** :

إذا كان الحكم قد استخلص من اقوال الشهود التي ألمح إليها ومن القرائن التي عددها ، صورية الأجرة الثابتة بعقود الإيجار وبإيصالات السداد ، وأن الأجرة الحقيقية هى المؤداة فعلا ، وكانت هذه الدعامة وحدها كافية لحمله ، فإن تعييبه – فيما أورده من بعد من تقدير لم يبين مصدره – يكون بفرض صحته غير منتج " (نقض ١٩٧٤/١/٢١ س٢٥ ص٢٥٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد مورثة الطاعن على جملة قرائن منها القرينة المستمدة من إقامتها مع خالها البائع في

تاريخ العقد وقيام المصاهرة بينهما لوجودها وقتئذ في عصمة ابنه استنادا الى ما عزاه خطأ الى الشهود الذين سمعوا في التحقيق الذي أجرى في الدعوى ، وكانت تلم القرائن التي استندت إليها وحدة متماسكة تضافرت في تكوين عقيدة المحكمة بحيث أن أنهاء إحداها يترتب عليه ببطلان الحكم ، فهذا الحكم يكون قدى عاره خطأ في الإسناد يستوجب نقضه " (نقض ١٩٥١/١١/١٥ جـ١ في ٢٥ سنة ص٥٥٦) وبأنه " إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في نطاق سلطتها الموضوعية توافق إرادة طرفى العقد على الصورية ودللت على ذلك بأسباب سائغة من شأنها أن تؤدي الى ما انتهت إليه ولم تخرج بأقوال الشهود عما يؤدي إليه مدلولها ، وكان تقدير أدلة الصورية هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، فإنه لا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك " (نقض ١٩٥٩/١/٢٢ س١٠ ص٦٤) وبأنه " إذا اتخذ الحكم المطعون فيه من عجز الطاعنة (المشترية) عن إثبات أدائها الثمن قرينة على أن العقد يخفي وصية ، فإنه يكون قد استند الى قرينة فاسدة في خصوصية هذه الدعوى ، لأن المطعون ضدها (البائعة) هى التي يقع على عاتقها عبء إثبات صورية ما ورد في العقد من أنها اقتضت الثمن المسمى به " (نقض ١٩٧١/١/٥ س٢٢ ص٥) وبأنه " إذ كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه وإن كان لمحكمة الموضوع أن تقيم قضاءها في الطعن بالصورية على ما يكفي لتكوين عقيدتها من الأدلة المطروحة في الدعوى دون أن تكون ملزمة بإجابة الخصوم الى طلب إحالة الدعوى الى التحقيق إلا أنه لا يجوز لها أن تعول في ذلك على نصوص المحرر المطعون عليه لما في ذلك من مصادرة على المطلوب وحكم على الدليل قبل تحقيقه ، فإن الحكم المطعون فيه إذ استدل على انتفاء صورية عقدى البيع بذات نصوصها والتفتت بذلك عن طلب الطاعنين إحالة الدعوى الى التحقيق لإثبات الصورية يكون مشوبا بالفساد في الاستدلال والإخلال بحق الدفاع " (نقض ١٩٨٣/١/٢٧ طعن ٩٤٧ س٤٨ق) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من الوقائع والأدلة والقرائن التي ساقها أن العقد موضوع الدعوى صوري حرر بين عاقدين بطريق التواطؤ ، وكانت تلك القرائن والأدلة تؤدي عقلا الى ما انتهى إليه ، فإن النعى على الحكم في هذا الخصوص يكون على غير اساس " (نقض ١٩٥٨/١٢/٢٥ طعن ٨٢ س٢٤ق ، نقض

١٩٨٥/٢/١٠ طعن ١٦٨١ س٥١ق) وبأنه " إذا استعرضت محكمة الموضوع مستندات الخصوم وناقشت شهادة الشهود وساقت القرائن من كل ذلك استخلاصا سائغا له أصله الثابت في أوراق الدعوى أن الثمن صوري وأن حقيقة الثمن هو كذا وليس أكثر من ذلك – كانت في حدود سلطتها الموضوعية في تقدير الأدلة مما تستقل به دون رقابة عليها من محكمة النقض " (نقض ١٩٥٩/٤/٢ طعن ٣٧٢ س٢٤ق)

وقضت كذلك بأن " تصريح المحكمة باقتناعها بصورية عقد بناء على الأدلة التي أوردتها – ذلك يكفي لبيان أنها رجحت في التقدير أدلة الصورية على الأدلة الأخرى ، وفي هذا معنى إطراح هذه الأدلة الأخرى وعدم الثقة بها بلا حاجة الى بيان خاص ، وإذن فلا يسوغ النعى على الحكم بالقصور قولا بأنه لم يرد على القرائن التي تمسك بها الصادر له العقد لإثبات جديته " (نقض ١٩٤٩/١٢/٢٩ طعن ٢٠٦ س١٧ق) وبأنه " لما كان من حق قاضي الموضوع وهو في مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة نفى في الدعوى أن يأخذ ببعضها ويطرح البعض الآخر غير خاضع في ذلك لرقابة محكمة النقض وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ما استخلصه من أقوال الشهود من أن العقد جدي لا صوري ، وكان هذا الذي استخلصه هو استخلاص سائغ لا مخالفة فيه للثابت بالأوراق ، وكان اتخاذ الحكم لهذه الأقوال أساسا لقضائه فيه الرد الضمني الكافي والمبرر لإطراحه ما عداها من أدلة الطاعن . لما كان ذلك ، وكان ما ينعاه الطاعن على المحكمة من عدم الرد على القرائن التي ساقها دليلا على الصورية المدعاة لا مبرر له " (نقض ١٩٥٢/١٢/١١ طعن ٢٠٥ س٢٠ق) وبأنه " للمحكمة أن تستمد من واقع الدعوى ما تراه من القرائن القضائية المؤدية فعلا الى النتيحة التي تنتهي إليها ، فإذا كانت المحكمة قد حصلت من شهادة شهود المدعى عليه بأنهم لا يعرفون أنه مدين للمدعى إحدى القرائن على صورية الدين المدعى به فذلك في حدود حقها الذي لا رقابة عليه لمحكمة النقض " (نقض ١٩٤٧/١١/٢٠ طعن ١٢٤ س١٦ق) وبأنه " لما كان تقدير مما تستقل به محكمة الموضوع ، وكانت القرينة التي استند إليها الحكم سائغة ومن شأنها أن تؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها وتكفي لحمل قضائه في هذا الخصوص فلا يعيبه سكوته عن الرد على المستندات التي تمسك بها

الطاعن لتأييد ادعائه بأن ..... لأن في قيام الحقيقة التي اقتنع بها وأورد دليلها التعليل الضمني المسقط لدلالة هذه المستندات كما لا يعيبه التفاته عن طلب الطاعن إثبات عكس ما خلص إليه بالبينة مادام قضاءه محمولا على قرينة تكفي لحمله وفيها الغناء عن التحقيق " (نقض ١٩٨٤/٣/٢٦ طعن ٦٨٠ س٥٣ق ، نقض ١٩٨٤/١/٩ طعن ١٦٨٠ س٤٨ق) وبأنه " متى انتهت محكمة الموضوع بأسباب سائغة الى أن عقد البيع صوري صورية مطلقة ثم اتخذت من صورية إجراءات التقاضي التي انتهت بصدور الحكم القاضي بصحة ونفاذ هذا العقد قرينة أخرى أضافتها الى القرائن التي دللت بها على صورية العقد فإنها لا تكون قد أهدرت حجية الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد التي لم يكن مدعى الصورية طرفا فيها إذ أن حجية الأحكام مقصورة على أطرافها " (نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ طعن ١٣٦ س٣٢ق)

وتنص المادة ٢٤٥ مدني على أن" إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي " .

- **أثر الصورية بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام** :

تقضي المادة ٢٤٥ مدني بأنه " إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر ، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي " ، ويترتب على ذلك أن العقد الظاهر ، فيما بين المتعاقدين والخلف العام ، لا وجود له ، فلا يعمل به ، وهذا ما يقضيه مبدأ سلطان الإدارة ، ذلك أن المتعاقدين إنما أرادا العقد المستتر لا العقد الظاهر ، فوجب أن يلتزما بما أراداه لا بما لم يريداه ، ومن ثم إذا باع شخص عينا من آخر بيعا صوريا واحتفظ بورقة الضد ، ففيما بين البائع والمشتري لا وجود للبيع ، ويبقى البائع مالكا للعين ، وله حق التصرف فيها ، ويستطيع أن بيعا بيعا جديا بعد ذلك الى مشتري ثان والمشتري الثاني ولو سجل البيع الصوري قبل تسجيل البيع الجدي ، كذلك إذا مات البائع ، فالعين الباقية في ملكه تنتقل بالميراث الى وارثه الخلف العام ، إذا العبرة بالنسبة الى الخلف العام بالعقد الحقيق أيضا لا بالعقد الصوري ، وعلى النقيض من ذلك لا يكون المشتري الصوري مالكا للعين ، وكذلك وارثه لا تنتقل إليه ملكية العين بالميراث ، إذا مات المشتري الصوري ، ولكن إذا لم يكن للعقد الصوري وجود كتصرف قانوني فيما بين

المتعاقدين والخلف العام ، فإن له مع ذلك وجودا ماديا قد يترتب عليه أثر قانوني ، فالتصرف الصوري الصادر من الموصى له في العين الموصى بها يعتبر قبولا ضمنيا للوصية ، وكذلك التصرف الصوري الصادر من الوارث في عين من أعيان التركة يعتبر قبولا للميراث في القانون الفرنسي . (السنهوري ص٩٦٠ وما بعدها)

- **إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين :**

إذا ادعى أحد المتعاقدين أو خلفه العام صورية العقد كان له إثبات هذه الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن طالما كانت قيمة التصرف لا تزيد على خمسمائة جنيه ، أما إذا زادت قيمة التصرف على هذا المبلغ وجب عليه إثبات الصورية بالكتابة أو ما يقوم مقمها من إقرار أو يمين . أما إذا كان العقد الظاهر مكتوبا فلا يجوز إثبات الصورية عن طريق إثبات العقد الحقيق المستتر إلا بالكتابة ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيه ، ولذلك إذا كان العقد الظاهر مكتوبا وجب على المتعاقد اليقظ إذا كان الاختلاف بين العقد الظاهر والعقد الحقيق من شأنه الإضرار به ، أن يحصل من المتعاقد الآخر على وثيقة كتابية ، وتسمى هذه الوثيقة بورقة الضد **contre lettre** فإن لم توجد فإنه يتعذر إثبات الصورية بغير اليمين أو الإقرار ، ومعنى هذا عملا استحالة الصورية بغير اليمين أو الإقرار ، ومعنى هذا عملا استحالة الإثبات في الغالب من الأحوال غير أن هناك أحوالا استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة . كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة يدل على الصورية ، أو وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على ورثة الضد ، أو فقدت تلك الورقة بعد الحصول عليها لسبب أجنبي إذ يجوز للمتعاقد أن يلجأ الى الشهادة أو القرائن لإثبات صورية العقد الظاهر ولو كان مكتوبا ولو كانت القيمة تزيد على خمسمائة جنيه . (إسماعيل غانم ص٢٠٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر وفقا للفقرة الأولى من المادة ٦١ من قانون الإثبات أنه متى كان العقد الظاهر المطعون عليه بالصورية مكتوبا فإنه لا يجوز لأيلا من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة ، ولما كان عقد البيع موضوع الدعوى ثابتا بالكتابة ، ولم يقدم الطاعن أى دليل كتابي يساند طعنه عليه بالصورية ، وكانت عبارات الإقرار المؤرخ .... لا تدل على ذلك أو تشير إليه وكان الحكم المطعون فيه قد استدل على تناقض الطاعن في دفاعه ، فإن الحكم يكون صحيحا

إذ التفت عن الطعون الموجهة لعقد البيع " (نقض ١٩٨٤/١١/٢٠ طعن ١٨٨٥ س٥١ق) وبأنه"من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى ثبت صدور الورقة العرفية ممن نسب إليه التوقيع عليها فإنها تكون حجة على طرفيها بكافة بياناتها الى أن يثبت العكس وفقا للقواعد العامة في إثبات ما اشتمل عليه دليل كتابي وأنه إن ادعى أحد طرفى المحرر أن أحد البيانات المدونة به غير مطابقة للواقع كان عليه بحكم الأصل أن يثبت هذه الصورية بطريق الكتابة " (نقض ١٩٨٠/٣/١ طعن ٤٨٧ س٤٩ق) وبأنه " التمسك من الطاعن بأن عقد الهبة يستر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر يخضع للقواعد العامة في الإثبات التي تلقى على الطاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصورية فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجة عليه" (نقض ١٩٨٠/٥/٢٨ طعن ٦٨٥ س٤٥ق) وبأنه " إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه بالبينة في حالة الاحتيال على القانون مقصور على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته ، وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث لأخذ ورثته ثابتا بالكتابة فلا يجوز لهذا المورث أن يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفى وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث وإنما يجوز ذلك للوارث الذي وقع الاحتيال إضرارا بحقه في الميراث وهو في ذلك لا يستمد حقه في الطعن على العقد من مورثه وإنما يستمده من القانون مباشرة وإذ كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها الأولى أقامت دعواها بطلب إبطال عقد البيع الصادر منها لولديها الطاعن والمطعون ضده الثاني استنادا الى أنخ يخفى وصية به تميزها في الميراث احتيالا على قواعد الإرث وكان الحكم المطعون فيه قد استند في إثبات الصورية النسبية الى أقوال شاهدى المطعون ضدها الأولى (البائعة) التي لم تقدم أى دليل كتابي فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يستوجب نقضه " (نقض ١٩٧٦/١٢/١٣ طعن ٦٩٧ س٤٢ق ، نقض ١٩٦٨/١١/١٤ طعن ٤٨٧ س٤٢ق) وبأنه " إذ كان البين مما حصله الحكم المطعون فيه أن النصوص الواردة في العقد المختلف على تكييفه صريحة في أنه عقد منجز ، فإن ما طعنت به المطعون ضدها (البائعة) على هذا العقد وهى إحدى طرفيه من عدم صحة ما أثبت فيه من أنه عقد بيع ، وأن الثمن المسمى فيه قد دفع وأن الصحيح هو أنه يستر وصية ، ولم يدفه فيه أى ثمن ، إنما هو طعن بالصورية

النسبية بطريق التستر ، وعليها يقع عبء إثبات هذ الصورية ، فإن عجزت وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد ، لأنها تعتبر عندئ حجة عليها " (نقض ١٩٧١/١/٥ طعن ٢٦٠ س٣٥ق) وبأنه " متى كانت المحكمة إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة إلا بالكتابة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التي أوردتها انتفاء المانع الأدبي ، فإن الذي قررتها هو صحيح في القانون " (نقض ١٩٥٣/١١/٢٤ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩) وبأنع " مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني أن لدائني المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بكافة الطرق صورية العقد الذي أضر بهم أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب إلا بالكتابة ، والطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورية النسبية بطريق التستر ، ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورية مكتوبا ، فإنه لا يجوز لأى من عاقديه أن يثبت هذه الصورية إلا بالكتابة وذلك عملا بنص المادة ١/٦١ من قانون الإثبات ، ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذي يجوز له إثبات طعنه على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر إضرارا بحقه في الإرث فيكون تحايلا على القانون" (نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٣٦٩ س٤٣ق)

كما قضت بأن " إذا كان المستأجر يطعن في عقد الإيجار بالصورية والمؤجر يدفع بعدم جواز الإثبات بغير الكتابة فلا يجوز للمحكمة مادام الإيجار ثابتا بالكتابة ولا يوجد لدى المستأجر دليل كتابي على دعواه – أن تقضي بصورية العقد بناء على مجرد القرائن وإلا كان قضاؤها باطلا لاستناده الى دليل غير جائو الأخذ به في الدعوى " (نقض ١٩٤٢/٦/١٨ ص٧٥٩) وبأنه " لا يجوز إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة فيما بين المتعاقدين وورثتهما إلا بالكتابة " (نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٣٦٩ س٤٣ق ، نقض ١٩٧٢/٣/١٦ س٢٣ ص٤٢٤) وبأنه " إذا كان الحكم لم يعتمد في إثبات صورية عقد البيع محل الدعوى على شهادة من واقع دفتر التصديق على التوقيعات بل أطلعت المحكمة على كتابة مدونة في الدفتر المذكور بها إمضاء للمقر وقع به أمام الكاتب المختص ، فإنه يكون قد اعتمد على

سند كتابي صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه لا على صورة لمحرر عرفي مجرد من أية قيمة في الإثبات " (نقض ١٩٤٩/١٢/١ ص٧٥٩) وبأنه " طبقا لنص المادة ٢٤٥ من القانون المدني – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إذ ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي والعبرة بينهما بهذا العقد وحده ، وإذا أراد أى من الطرفين أن يتمسك بالعقد المستتر في مواجهة العقد الظاهر أو ينفي الثابت بهذا العقد ، يجب عليه أن يثبت وجود العقد المستتر أو ينفي الثابت بالعقد الظاهر وفقا للقواعد العامة في الإثبات في المواد المدنية التي لا تجيز الإثبات بشهادة الشهود إذا تجاوزت قيمة التصرف عشرين جنيها وفيما يخالف أو يجاز ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها ما لم يكن هناك احتيال على القانون فيجوز في هذه الحالة ، لمن كان الاحتيال موجها ضد مصلحته ، أن يثبت العقد المستتر أو ينفي الثابت بالعقد الظاهر بكافة طرق الإثبات " (الطعن رقم ١٠٢٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/١٦) وبأنه " وحيث إن هذا النعى سديد ، ذلك أنه لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن صلة الزوجية لا تعتبر بذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي ويتعين أن يرجع في ذلك الى كل حالة على حدة طبقا لظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها في ذلك متى كان تقديرها قائما على أسباب سائغة . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد رفض الأخذ بالدفع المبدي من الطاعنة بعدم جواز الإثبات بالبينة على سند مما أورده في اسبابه من أن علاقة الزوجية التي كانت قائمة بين الطرفين تعتبر مانعا أدبيا يحول دون حصول المستأنف على دليل كتابي يفيد ضد عقد البيع ومن ثم فإنه يجوز للمستأنف إثبات ما يخالف الثابت في عقد البيع سند الدعوى بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن بما مؤداه أن الحكم اعتبر صلة الزوجية بذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند مكتوب ودون أن يبين في أسبابه ظروف الحال التي اعتمد عليها في تبرير عدم الحصول على دليل كتابي ، مما يجعله مشوبا بالقصور المبطل ويتعين نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن " (الطعن رقم ١١٤٢ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٣٠) وبأنه " الوارث يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث الى وارث آخر إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه

وإن كان في ظاهره بيعا منجزا إلا أنه في حقيقته يخفى وصية إضرار بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض موت المورث ، فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية من التصرفات التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام ويكون له إثبات طعنه بكافة طرق الإثبات القانونية ، أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه وليس من القانون ومن ثم فلا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات " (نقض ١٩٩١/١٢/١٠ طعن ١٢٥٢ س٥٣ق) وبأنه " من المقرر أنه لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم ، وكانت المطعون ضدها الأولى لم تدفع بعدم جواز إثبات صورية عقدها صورية مطلقة بالبينة ، فإن الثابت كذلك من الأوراق أن الطاعن كان قد اعتصم بعقد بيع سبق أن صدر إليه عن ذات المبيع ومن نفس البائع الى المطعون ضدها الأولى فإنه بذلك يعتبر من الغير بالنسبة لعقدها يجوز له عند ادعائه صوريته إثبات هذه الصورية بجميع طرق الإثبات ، لما هو مقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن للمشتر ولو لم يكن عقده مسجلا أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود إذ أنه بصفته دائنا للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر إليه يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده ويصبح له بهذه الصفة – وفقا لصريح المادة ١/٢٤٤ من القانون المدني – أن يثبت صورية العقد الذي أضر به طرق الإثبات كافة باعتباره من الغير في أحكام الصورية بالنسبة للتصرف الصادر من نفس البائع الى مشتر آخر ، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وامتنع عن إجابة طلب الطاعن إحالة الدعوى الى التحقيق باعتبار أنه وارث للبائع لا يجوز له إثبات صورية عقد المطعون ضدها الأولى إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات من غير أن تتمسك المطعون ضدها الأولى بذلك ودون الاعتداد بصفة الطاعن كمشتر من نفس البائع بما يتيح به بهذه الصفة إثبات الصورية بجميع الوسائل على نحو ما سلف بيانه ، فإنه يكون قد خالف القانون " (نقض ١٩٩٦/٥/١٦ طعن ٤٤٤٦ س٦٤٥ق) وبأنه " متى كان الحكم

مؤسسا على عدم جواز إثبات صورية العقد بالبينة والقرائن – لقيام دعوى الصورية بين المتعاقد – فلا يعيبه أن يكون تحدثه عن بعضها غير سائغ " (نقض ١٩٧٣/٢/٦ طعن ٤٩٠ س٣٧ق) وبأنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فيما انتهى إليه من أن صورية عقد الإيجار الى عديد من القرائن وإلى ما شهد به شاهد المطعون عليه ، وإذ كانت هذه الشهادة تعتبر دعامة تمفي لحمل الحكم ولم تكن محل تعييب من الطاعن ، فإن النعى على الحكم لاستناده الى ما ساقه من قرائن – أيا كان وجه الرأى فيه – يكون نعيا غير منتج ولا جدوى منه " (نقض ١٩٧٧/٥/٤ طعن ٥ س٤٣ق) وبأنه " لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب التحقيق الذي يطلب منهما كلما رأت أنها ليست في حاجة إليه ، فإذا كانت محكمة الاستئناف قد انتهت الى أن العقد محل النزاع هو عقد بيع حقيق استوفى أركانه القانونية ومن بينها الثمن ، أخذا باقوال الشهود الذين سمعوا في التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة ، وهو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع في تقدير أقوال الشهود ، فإنها بذلك تكون قد رفضت ضمنا طلب الإحالة الى تحقيق لإثبات صورية الثمن ، لما تبينته من عدم الحاجة إلأيه اكتفاء بما هو بين يديها من عناصر الدعوى والتحقيقات التي تمت فيها ، وهو حقها الذي لا معقب عليها فيه " (نقض ١٩٧٢/٣/٧ طعن ٨٩ س٣٧ق)

- **المانع الأدبي من الحصول على ورقة ضد** :

لا يوجد معيار معين للمانع الأدبي الذي يتعذر معه على المتعاقد أن يحصل على ورقة ضد ، فتنتقل كل حالة عن الأخرى وفقا للظروف والعلاقة التي تربط المتعاقدين ، ولقاضي الموضوع استخلاص وجود أو عدم وجود المانع من الوقائع والأدلة الموجودة لديه . (أنور طلبة ص٥٧٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " صلة القرابة أو المصاهرة ، مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع في ذلك الى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى كان هذا التقدير قائما على أسباب سائغة " (نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ س٢٧ ص١٨٠١) وبأنه " متى كانت المحكمة إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة إلا بالكتابة ، قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة

السائغة التي أوردتها انتفاء المانع الأدبي فإن الذي قررته هو الصحيح في القانون " (نقض ١٩٥٣/١٢/٢٤ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩)

- **إثبات الصورية في حالة التهرب من أحكام القانون** :

إذا كانت الصورية قد اتخذت وسيلة للتحايل على القانون ، أى التهرب من أحكامه الآمرة الخاصة بشروط التصرف الموضوعية اللازمة لصحته أو نفاذه ، فعندئذ يجوز للمتعاقد أو لخلفه العام أن يثبت الصورية بكافة طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن ولو كان العقد مكتوبا ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه من ذلك أن يخفى العقد فوائد ربوية ويكتب المتعاقدان سببا غير ذلك ، أو أن يقدم المتعاقدان تاريخ العقد لجعله سابقا على تاريخ توقيع الحجز على أحدهما بفية إظهار العقد صحيحا غير قابل للإبطال خلافا لما يقضي به القانون في تصرفات المحجور عليهم ويبرر إجازة الإثبات بكافة الطرق في مثل هذه الحالات أنها تتضمن مانعا حال دون الحصول على ورقة الضد ، وهى تدخل بذلك في عموم نص المادة ، إذ أن المتعاقد الذي تم التحايل لمصلحته لن يرتضى أن يقدم للطرف الآخر ، أو لخلفه العام ، ورقة مكتوبة للكشف عن هذا التحايل ، ولم تقرن محكمة النقض في ذلك بين ما إذا كان التحايل على أحكام القانون الآمرة لمصلحة المتعاقدين معا وقصد به الإضرار بالغير ، وبين ما إذا كان المقصود به هو الإضرار بالغير فقد باعتبار أن الصورية هنا تنطوي على غش وتحايل . (عزمي البكري ص٩٩٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الصورية النسبية التي تقوم على إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا على القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقا للمادة ٤٦٥ من القانون المدني ، وهذه الصورية النسبية لا تنتفي بانتفاء الصورية المطلقة أو بتخلف شروط الدعوى البوليصية كلها أو بعضها لاختلافها عنهما اساسا وحكما فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قصر بحثه على ما تمسك به الخصم من أوجه دفاع تتعلق بصورية عقد البيع صورية مطلقة وبالتواطؤ بين طرفى هذا العقد للإضرار بحقوقه ، وأغفل بحث دفاع الخصم بشأن إخفاء الرهن وراء البيع مع أنه دفاع جوهري لو صح لتغير وجه الرأى في الدعوى ، فإن الحكم يكون قاصرا في التسبيب بما يبطله ويستوجب نقضه " (الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٦) وبأنه " الوارث لا يعتبر في جكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث – وعلى ما جرى به قضاء

هذه المحكمة – إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعا منجزا إلا أنه في حقيقته يخفى وصية إضرارا بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض الموت فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام " (الطعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٣/٢٤) وبأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الوارث حكمه حكم المورث فلا يجوز له إثبات صورية سند صادر من مورثه الى وارث آخر أو الى الغير إلا بالكتابة إلا إذا طعن في هذا السند بأنه ينطوي على الإيصاء أو أنه صدر في مرض موت مورثه وأن تقدير أدلة الصورية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – هو مما يستقل به قاضي الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى " (الطعن رقم ١٤٧٣ لسنة ٥٧ق جلسة ١٩٩٢/١/١٥) وبأنه " صورية البيع التدليسية تثبت بالقرائن في حق كل من مسه هذا التدليس ولو كان طرفا في العقد ، فإذا توفرت القرائن المثبتة للتدليس والاحتيال على استصدار هذا العقد صورة واقتضت محكمة الموضوع مع ذلك ممن صدر منه العقد وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كيما تحقق الصورية التي يقوم بها كان حكمها خاطئا وجاز لمحكمة النقض عند نقضها الحكم أن تستخلص ثبوت هذه الصورية التدلسية من الأوراق والتحقيقات التي كانت معروضة على محكمة الموضوع" (الطعن رقم ٨٧ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/٤/١٨) وبأنه " إذا الحكم المطعون فيه ، بعد أن ذكر أن العقد المتنازع على ماهيته مذكور فيه صراحة أنه عن بيع وفائي ، وقد عرض لتحري قصد المتعاقدين منه هل هو البيع الوفائي حقا أو هو الرهن ولكن أفرغ في تلك الصيغة سترا له ، فاستعرض ظروف الدعوى وما ساقه كل من طرفيها تأييدا لوجهة نظره ، ثم انتهى الى أن هذا العقد إنماي ستر رهنا ، مستخلصا ذلك من قرائن مؤدية إليه فلا سبيل من بعد الى إثارة الجدل حول هذه المسألة لكونها مما يتعلق بتحصيل فهم الواقع " (الطعن رقم ١٢ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥) وبأنه " ولا يقدح في هذا الحكم أنه إذا فعل ذلك قد أجاز إثبات الصورية بين المتعاقدين بغير الكتابة ، مادام أن إخفاء الرهن وراء بيع وفائي هو غش وتحايل على القانون للتوصل الى الاستيلاء على تلك الأطيان بغير اتخاذ الإجراءات التنفيذية وبثمن بخس ، والصورية التي يكون هذا هو

الغرض منها جائز إثباتها بين المتعاقدين بطرق الإثبات كافة بما فيها البينة والقرائن " (الطعن رقم ١٢ لسنة ١٤ق جلسة ١٩٤٤/٥/٢٥) وبأنه " الموصى له بحصة في التركة لا يعتبر غيرا في معنى المادة ٢٢٨ من القانون المدني إذا هو ادعى بأن العقد الصادر من الموصى إنما صدر بعد طلب الحجر عليه وبأن تاريخه مغاير للحقيقة ، إذ هو خلف عام يدعى ما كان يملك سلفه ممثلا في شخص القيم عليه أن يدعيه ، ولكن لما كان هذا الادعاء ادعاء بغش واحتيال على القانون كان إثباته بأى طريق من طرق الإثبات جائزا له جوازه لسلفه ، وكان عليه عبء الإثبات ، لأنه مدع والبينة على من ادعى ، فإن هو أثبته سقطت حجية التاريخ العرفي للعقد ، وإن لم يثبته بقيت هذه الحجية " (الطعن رقم ١١٠ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٧/١٢/٢٥) وبأنه " الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من الطرق القانونية ، فلا على المحكمة فيما تقضي به من إحالة الدعوى الى التحقيق لتمكين الطاعنين في التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود " (الطعن رقم ١٦٨ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٥/١١) وبأنه " الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الصادر من المورث الى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعا منجزا إلا أنه في حقيقته وصية إضرارا بحقه في الميراث أو أنه صدر في مورض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه التي قصد بها التحايل على قواعد الإرث ، أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة فإن حق الوارث في الطعن في التصرف في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه وليس من القانون ، ومن ثم فلا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات" (الطعن رقم ٣٥٥ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٤/٩)

- **الآثار المترتبة على الصورية** :

يختلف الأثر المترتب على الصورية في حالة الصورية المطلقة عنه في حالة الصورية النسبية ، فإن كانت الصورية مطلقة ، فلا يكون للعقد الصوري الظاهر وجود في الحقيقة لأن هذه الصورية تنال من وجود العقد ذاته فتؤدي به الى العدم ، مفاد

ذلك أن العلاقة فيما بين المتعاقدين يتعين النظر إليها كما لو كان العقد لم يبرم إطلاقا ، فالمالك يظل مالكا ولا يلتزم قبل المتعاقد الآخر بأى من الالتزامات التي يرتبها العقد يقابل ذلك أن المتعاقد الآخر لا يلتزم بدوره بأى من تلك الالتزامات ، أما إن كانت الصورية نسبية ، فإن العقد يكون موجودا إذ ترد هذه الصورية على نوع العقد أو على ركن أو شرط فيه أو على أحد المتعاقدين ، فالعقد موجود وحقيقي فيما عدا حكم معين من أحكامه أخفاه المتعاقدان وأحلا محله كما صوريا ، فيلتزم المتعاقدان بكل الالتزامات التي يرتبها العقد فيما عدا الالتزامات التي تناولتها الصورية .

- **الحكم الصادر في دعوى الصورية** :

الحكم الذي يصدر في دعوى الصورية لا يسري على الخصمين وحدهما ، بل يتعدى أثره الى الدائن ، فإذا حكم بصورية عقد ، وكان الخصم في الدعوى دائنا لأحد طرفى العقد ، استفاد الدائنون الآخرون من هذا الحكم ، واستطاع كل منهم أن يتمسك به دون أن يدخل خصما في الدعوى ، وكذلك لو كان الخصمان هما طرفا العقد ، فإن الدائنين يستطيعون التمسك بالحكم ، والحكم في صورية العقد حكم في مسألة موصوعية ، فلا رقابة فيها لمحكمة النقض . (السنهوري ص٩٨٢)

- **عدم تقادم دعوى الصورية** :

ودعوى الصورية ذاتها لا تسقط بالتقادم ، سواء رفعت من أحد طرفى العقد الصوري ، أو من الغير ، لأن المطلوب إنما هو تقرير أن العقد الظاعر لا وجود له ، وهى حقيقة قائمة مستمرة لم تنقطع حتى يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها ، أما إذا كانت دعوى الصورية تتضمن دعوى أخرى ، كما إذا طعن الورثة في الهبة الصادرة من مورثهم بالبطلان وكانت مستترة في صورية عقد بيع ، فإن هناك دعويين إحداهما متعلقة بصورية عقد البيع وهذه لا تسقط بالتقادم ، والأخرى متعلقة بالطعن في عقد الهبة (وهو العقد المستتر) بالبطلان وهذه تسقط بالبطلان وهذه تسقط بالتقادم شأنها في ذلك شأن سائر دعاوى البطلان . (السنهوري ص٩٨٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الدعوى بطلب بطلات عقد البيع على أساس أنه يستر وصية ، وأن وصفت بأنها دعوى بطلات إلا أنها في حقيقتها وبحسب المقصود منها إنما هى دعوى بطلب تقرير صورية هذا العقد صورية نسبية بطريق

التستر ، وهذه الدعوى لا تسقط بالتقادن لأن ما يطلبه رافعها إنما هو تحديد طبيعة التصرف الذي قصده العاقدان وترتيب الآثار القانونية التي يجب أن تترتب على النية الحقيقية لهما واعتبار العقد الظاهر لا وجود له ، وهذه حالة واقعية قائمة ومستمرة لا تزول بالتقادم ، فلا يمكن لذلك أن ينقلب العقد الصوري صحيحا مهما طالب الزمن" (نقض ١٩٦٩/٣/٢٠ س٢٠ ص٤٥٠ ، نقض ١٩٧٣/٤/١٠ س٢٤ ص٥٥٧)

- **أثر دعوى الصورية في قطع التقادم** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " لا ينقطع تقادم الدين الثابت بسند تنفيذي – سواء في ظل القانون المدني الجديد – إلا بالتنبيه الذي يصدر من الدائن الذي بيده السند التنفيذي لمدينه أو بالحجز عليه أو بالإقرار الذي يصدر من المدين بحق الدائن صريحا كان هذا الإقرار أو ضمنيا ، ومن ثم فإن ادعاء ذلك الدائن بصورية عقد بيع صادر من مدينه لآخر ورفعه دعوى بطلب الحكم بهذه الصورية والقضاء بذلك لا يعتبر من الأعمال القاطعة للتقادم بحسب القانون ، ولا يشفع في اعتبار دعوى الصورية قاطعة للتقادم القول بأنها ليست من قبيل الإجرءاات التحفظية وأنها أقوى منها لأنها تمهد للتنفيذ ، ذلك لأن دعوى الصورية شأنها كشأن باقي الدعاوى والطرق التي قررها الشارع في القانون المدني لمحافظة على الضمان العام للدائنين ولا صلة لها بالطرق التنفيذية التي تكفل ببيانها قانون المرافعات ولا يمكن اعتبارها – مع التسليم بأنها تمهد للتنفيذ – بمثابة التنبيه القاطع للتقادم وهو ذلك التنبيه الذي نص عليه قانون المرافعات واعتبره من مقدمات التنفيذ ، ونتيجة لما تقدم فإن عدم رفع تلك الدعوى لا يمكن اعتباره إقرارا ضمنيا قاطعا للتقادم " (نقض ١٩٥٨/٣/١٣ س٩ ص١٨٧)

- **نسبية حجية حكم الصورية** :

يخضع الحكم الصادر في دعوى الصولاية للقاعدة العام المقررة بالنسبة لحجية الأحكام ، فلا تتعدى حجيته من كان ماثلا فيه بشخصه أو بمن ينوب عنه ، والحكم الذي يصدر بصورية عقد لا تكون له حجية في دعوى مرفوعة بصحته ونفاذه ، طالما أن رافعها لم يكن ماثلا في دعوى الصورية حتى لو كان طرفا في العقد طالما لم يختصم في الدعوى الأخيرة ، أو كان العقد صادرا من المورث ولم يختصم في

دعوى الصورية إلا بعض الورثة طالما أن أحد الورثة لم ينتصب في دعوى الصورية خصما عن باقي الورثة . (أنور طلبة ص٥٨٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا يوجب القانون في دعوى الصورية – المرفوعة من المشتري الأول وهو أحد ورثة البائع – اختصام أشخاص معينين ، ومن ثم فإن عدم اختصام ورثة البائع لا يترتب عليه سوى أنه لا يكون للحكم الصادر في الدعوى حجية عليهم دون أن يؤدي ذلك في بطلان الحكم . لما كان ذلك ، فإنه لا يقبل من الطاعن – المشتري الأول – التحدي بعدم اختصام ورثة البائع له " (نقض ١٩٧٣/٦/٢٦ طعن ١٦١ س٣٨ق) وبأنه " الحكم الذي يقضي بناء على طلب الدائن بصورية العقد الصادر من مدينه للغير ، لا يكون حجة على صورية هذا العقد في دعوى المنازعة في صحته التي تقوم فيما بعد بين طرفيه لاختلاف الخصوم في الدعويين " (نقض ١٩٧٢/٣/١٦ س٢٢ ص٤٢٤ ، نقض ١٩٤٦/٥/٩ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٤)

- **تسجيل العقد أو إثبات تاريخه لا يمنع من الطعن عليه بالصورية** :

من المقرر أن تسجيل العقد لا يسلب من اكتسب من البائع حقا على المبيع كالمشتري الثاني أن يطعن بالصورية المطلقة على عقد البيع الصادر للمشتري الأول من نفس البائع أو من خلفه رغم تسجيله ، ذلك أن التسجيل لا يصحح عقدا باطلا وليس من شأنها أن يجعل العقد الصوري عقدا حقيقيا ، فضلا عن أن التسجيل وحده ليس من شأنه أن ينقل الملكية بل يشترط أن يكون قد ورد على عقد جدي . (الدناصوري والشواربي ص٢٢٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لا مجال لإعمال الأسبقية في التسجيل إذا كان أحد العقدين صوريا صورية مطلقة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى بأسباب سائغة الى أن عقد الطاعنة صوري صورية مطلقة ، فإنه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المطعون عليه استنادا الى أسبقية تسجيل صحيفة دعواها " (نقض ١٩٧٣/٢/٦ س٢٤ ص١٤٤) وبأنه " وإذا ثبتت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإنه يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلا " (نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ س١٦ ص٦٥٥) وبأ،هـ " المفاضلة بين عقدى بيع صاردين من مالك واحد بأسبقية التسجيل لا تكون

إلا بين عقدين صحيحين " (نقض ١٩٦٥/٥/٢٧ س١٦ ص٦٥٥) وبأنه " متى كان العقد صوريا ، فإنه لا يكون له وجود قانونا ، فتسجيله وعدمه سيان ، ولكل دائن أن يتجاهله ت تسجيله ولو كان دينه لاحقا عليه " (نقض ١٩٤٦/٤/٢٥ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩) وبأنه " الملكية لا تنتقل التسجيل وحده ، وإنما هى تنتقل بأمرين : أحدهما أصلي وأساسي وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعي ومكمل وهو التسجيل ، فإذا انعدم الأصل فلا يغني عنه المكمل ، وإذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لا يصححها التسجيل " (نقض ١٩٤٦/٦/٣ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩) وبأنه " لا مجال لإعمال ألأسبقية في تسجيل صحيفتى دعويي التعاقد إذا كان أحد العقدين صوريا صورية مطلقة ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد انتهى الى أن عقد الطاعن صوري صورية مطلقة ، فإنه لا يكون ثمة محل للمفاضلة بينه وبين عقد المتدخلين استنادا الى أسبقية تسجيل صحيفة دعوى صحة عقد الطاعن" (نقض ١٩٧٠/٥/٢١ س٢١ ص٨٨٦ ، نقض ١٩٧٦/٤/١٣ طعن ٤٣٩ س٤٢ق) وبأنه " القانون لا يمنع المشتري الذي لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر الذي سجل ، لأنه بوصف كونه دائنا للبائع في الالتزامات الشخصية المترتبة على عقد البيع ، وأهمها الالتزام بنقل الملكية يكون من حقه التمسك بتلك الصورية لإزالة العقبة القائمة في سبيل تحقيق أثر عقده ، فمن يرفع الدعوى بصحة التعاقد ، له أن يضمنها طلب بطلان العقد المسجل من قبل لمصلحة غيره لكى يخلص له طريق نقل الملكية بتسجيل الحكم الذي يصدر له بصحة التعاقد " (نقض ١٩٤٣/٦/٣٠ جـ١ في ٢٥ سنة ص٣٨١ ، نقض ١٩٧٩/٢/٢٨ طعن ٣٦٨ س٤٥ق) وبأنه " العقد الصوري يعتبر غير موجود قانونا ولو سجل ، فإذا طلب مشتر بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وبإبطال البيع الآخر الذي سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصورينه المطلقة ، فقضت له المحكم بذلك بناء على ما ثبت لها من صورية العقد المسجل ، فإنها لا تكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفي غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيق لاحقا لتاريخ العقد المسجل " (نقض ١٩٤٣/١١/٢٥ جـ٢ في ٢٥ سنة ص٧٥٩) وبأنه " يجوز لمن كسب من البائع حقا على المبيع – كمشتر ثان – أن يثبت بكافة طرق الإثبات صورية البيع الصادر من سلفه صورية مطلقة ليزيل جميع العوائق القامة في

سبيل تحقيق أثر عقده ، ولو كان العقد المطعون فيه مسجلا ، فالتسجيل ليس من شأنه أن يجعل العقد الصوري عقدا جديدا ، كما أن التسجيل لا يكفي وحده لنقل الملكية بل لابد أن يرد على عقد جدي ، ويعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة الى التصرف الصوري الصادر من البائع له الى مشتر آخر " (الطعن رقم ١٦١ لسنة ٣٨ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢٦) وبأنه " إذ كان القانون لا يمنع المشتري الذي لم يسجل عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشتري الآخر صورية مطلقة ولو كان مسجلا ليتوصل بذلك الى محو هذا العقد من الوجود لكى يتمكن من تسجيل عقده هو أو الحكم الصادر بصحته ونفاذه فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة إذ أنه بصفته دائنا للبائع في الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له يكون له أن يتمسك بتلك الصورية أيا كان الباعث عليها لإزالة جميع العوائق التي تصادفه في سبيل تحقيق أثر عقده ، وكان الحكم المطعون فيه قد امتنع عن تحقيق ما تمسك به الطاعنون من صورية عقد البيع الصادر الى المطعون ضده الأول من مورث باقي المطعون ضدهم عن ذات المساحة المباعة لهم من نفس البائع على أساس أن عقد المطعون ضده الأول المشار إليه قد انحسم النزاع بشأنه بعد حلفه اليمين الحاسمة التي ردها عليه البائع مورث باقي المطعون ضدهم بما لا يجوز معه للطاعنين العودة الى مناقشة هذا العقد فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بتعديه أثر هذه اليمين الى غير من وجهها ومن وجهت إليه " (الطعن رقم ٤١٠٤ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٥/٤/٦)

- **عدم تجزئة الدعوى الصورية** :

من المقرر أن دعوى الصورية وبالتالي العقد الصوري كلاهما لا يقبل التجزئة فلا يصح القول إن العقد صوري بالنسبة لبعض الخصوم وغير صوري بالنسبة للبعض الآخر ، وعلى ذلك إذا طعن من بعض الخصوم على العقد بأنه صوري بالنسبة لهم ، فيتعين على المحكمة أن تبحث العقد جميعه ولا تقتصر على نصيب الطاعنين فقط ، إذ أن العقد إما أن يكون صوريا بالنسبة للجميع أو حقيقيا . (الدناصوري والشواربي ص٢٤٥)

ويظهر ذلك عند اتحاد الخصوم في مركز قانوني واحد كالورثة ، وطالما كانت دعوى الصورية غير قابلة للتجزئة وجب اختصام جميع من كان ماثلا أمام محكمة

الدرجة الأولى عند رفع استئناف عن الحكم ، سواء كانوا محكوما لهم أو محكوما عليهم ، وإلا وجب على المحكمة الاستئنافية تكليف المستأنف بإدخالهم ولو بعد الميعاد . (عزمي البكري ص١٠١٨)

غير أن دعوى الصورية قد تكون قابلة للتجزئة إذا وردت على تصرف يقبل محله التجزئة كأرض فضاء أو زراعية ، إذ يجوز تجزئتها بحيث ينفذ العقد في القدر الذي لا يمس حقوق متصرف إليه آخر . (أنور طلبة ص٢٢٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الطاعنون قد وجهوا دفعهم بصورية عقد البيع الصادر من المطعون عليه السادس الى المطعون عليهم الخمسة الأول ومورث المطعون عليها السابعة وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفض هذا الدفع في مواجهة هؤلاء الخصوم جميعا وكان موضوع الصورية بهذا الوضع الذي انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة ، وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصورية الآنف ذكره ، فإنه لكى يكون الطعن مقبولا في هذه الحالة يجب أن يختصم فيه كل من البائع والمشترين في العقد المطعون فيه بالصورية " (نقض ١٩٥٢/٢/٧ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٧٦ ، نقض ١٩٤٥/٣/١١ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٧٦) وبأنه " إذا كان الطاعن قد وجه دفعه بصورية عقد البيع الصادر لمورث المطعون عليهم وصدر الحكم المطعون فيه مقررا رفض هذا الدفع في مواجهة هؤلاء الخصوم جميعا ، وكان موضوع الصورية بهذا الوضع الذي انتهت به الدعوى غير قابل للتجزئة ، وكان مناط النعى على الحكم المطعون فيه هو موضوع الصورية الآنف ذكره ، فإن بطلان الطعن بالنسبة للمطعون عليهم الخمسة الأولين ، يستتبع بطلانه بالنسبة للمطعون عليه السادس مما يتعين معه بطلان الطعن برمته " (نقض ١٩٧٤/٣/٢٨ س٢٥ ص٥٩٨)

- **تقدير قيمة دعوى الصورية** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كانت باقي طلبات المطعون ضده الأول – المتعلقة بشطب التسجيلات وإلغاء كافة الآثار المترتبة على العقد واعتباره كأن لم يكن – لم يدر حولها نزاع مستقل عن الطلب الأصلي ببطلان عقد البيع وإلغائه لصوريته صورية مطلقة فإنها تعتبر طلبات مندمجة فيه ولا أثر لها على تقدير قيمة

الدعوى التي تقدر بقيمة الطلب الأصلي وحده وفق الفقرة الأخيرة من المادة ٣٨ من قانون المرافعات " (نقض ١٩٧٥/١٢/٢٤ طعن ٢٩٤ س٤٠ق)

- **مقارنة الدعوى الصورية بالدعوى غير المباشرة** :

أوجــه الشبــه : تتشابه دعوى الصورية مع الدعوى غير المباشرة في الشروط والأحكام ، فقد رأينا أنه لا يشترط في دعوى الصورية أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ولا أن يكون هذا الحق سابقا على التصرف الصادر من المدين ، وهذا هو الأمر في الدعوى غير المباشرة ، ورأينا كذلك أن دعوى الصورية تفيد جميع الدائنين على السواء ، من اشترك منهم في الدعوى ومن لم يشترك ، وهذا هو أيضا حكم الدعوى غير المباشرة ، وحتى تضع دعوى الصورية الى جانب الدعوى غير المباشرة في صورة واضحة ، نفرض أن مدينا باع عينا مملوكة له بيعا صوريا ، فلدائن البائع يستطيع أن يطعن في العقد بالصورية ، ولا يشترط لذلك أن يكون حقه مستحق الأداء أو أن يكون سابقا على التصرف الصوري ، وإذا نجح في دعواه استفاد معه سائر الدائنين ، ويستطيع الدائن أيضا ، بدلا من الطعن بالصورية ، أن يستعمل حق مدينه البائع في التمسك بالعقد المستتر ، فيصل الى نفس النتيجة التي يصل إليها من وراء الطعن بالصورية ، وهو في ذلك أيضا لا يشترط فيه أن يكون حقه مستحق الأداء ولا سابقا على التصرف الصوري ، كما أن التمسك بالعقد المستتر يفيد سائر الدائنين . (السنهوري ص٩٩)

أوجــه الخــلاف : تختلف دعوى الصورية عن الدعوى غير المباشرة فيما يلي: ١- وإذا طعن الدائن بالصورية ، فليس في حاجة الى إثبات إعسار المدين ، أما إذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن مدينه ، وجب عليه أن يثبت أن المدين يصبح معسرا أو يزيد إعساره إذا لم يتمسك بهذا العقد ، ٢- إذا اختار الدائن دعوى الصورية ، لم يستطيع المشتري أن يدفع هذه الدعوى بدفع خاص بالعقد المستتر . أما إذا تمسك بالعقد نيابة عن المدين ، كان للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بكل الدفوع التي يستطيع أن يدفع بها دعوى البائع ولو كان هذا هو الذي تمسك بالعقد المستتر ، ٣- إذا طعن الدائن في العقد الظاهر بالصورية رفع الدعوى باسمه ، وإذا تمسك بالعقد المستتر نيابة عن المدين رفع الدعوى باسم هذا المدين ، ويترتب على ذلك أنه في الحالة الأولى يستطيع إثبات الصورية بجميع الطرق لأنه من الغير ،

أما في الحالة الثانية وهو يعمل باسم المدين ، فلا يستطيع الإثبات إلا بالطرق التي يستطيعها المدين ، فيجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته خمسمائة جنيه ، أو فيما لا يجاوز هذه القيمة إذا كان العقد الظاهر مكتوبا . (السنهوري ص٩٩٤ وما بعدها)

- **مقارنة دعوى الصورية بالدعوى البوليصية** :

أوجـــه الشبـــه : هناك شبه واضح بين الدعويين ففي كلتيهما يحاول المدين أن يتوقي تنفيذ الدائن على ماله ، فيتصرف في هذا المال تصرفا جديا أو تصرفا صوريا ، وفي كلتيهما لا ينفذ تصرف المدين في حق الدائن ، ولكن الفرق بين الدعويين واضح كذلك ، ففي دعوى الصورية المدين في ماله تصرفا جديا ، وليس للعقد الظاهر وجود قانوني ، ولا وجود إلا للعقد المستتر لأنه هو العقد الحقيقي ، ومن ثم لا ينتج العقد الصوري أثرا إلا بالنسبة الى الغير حسن النية حتى يستقر التعامل ، أما في الدعوى البوليصية فالمدين يتصرف في ماله تصرفا جديا ، ومن ثم ينتج هذا التصرف أثره إلا بالنسبة الى الدائنين ، هذا الى أن الدائن في دعوى الصورية يرمى الى استيفاء شيء في ملك المدين لم يخرج منه ، أما في الدعوى البوليصية فيرمى الى إدخال شيء من ملك المدين ، وتختلف الدعويان ، في أحكامهما التفصيلية من وجوه عدة ، نذكر منها : ١- دعوى الصورية يرفعها الدائن والخلف الخاص وكل من له مصلحة مشروعة ولو كان أحد المتعاقدين ، أما الدعوى البوليصية فلا يرفعها إلا الدائن ، ٢- في دعوى الصورية يكفي أن يكون حق الدائن خاليا من النزاع ، فالدائن الى أجل أو تحت شرط واقف يستطيع رفع هذه الدعوى ، أما في الدعوى البوليصية فلا يكفي خلو حق للدائن من النزاع ، بل يجب أيضا أن يكون هذا الحق مستحق الأداء ، ٣- في دعوى الصورية لا يشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الصوري . أما في الدعوى البوليصية فيشترط أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه ، ٤- في دعوى الصورية يجوز للدائن أن يرفع الدعوى حتى لو كانت التصرف الصوري ، يفرض أنه جدي ، لا بسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره بل لا يشترط أن يكون المدين معسرا إطلاقا ، لأن الدائن في هذه الدعوى بطلب تقرير أن التصرف غير موجود وهذه حقيقة لا يغير منها أن يكون المدين معسرا أو غير معسر . أما في الدعوى البوليصية فيشترط أن يثبت الدائن أن

التصرف المطعون فيه قد تسبب في إعسار المدين أو زاد في إعساره ، ٥- في دعوى الصورية لا يشترط أن تكون الصورية قد قصد بها الإضرار بحقوق الدائن ، فقد يكون المقصود بها غرضا آخر قدمنا ، ولا يمنع ذلك من أن يطعن الدائن في التصرف الصوري . أما في الدعوى البوليصية فيشترط في المعاوضات قصد الإضرار بالدائن على النحو الذي بيناه ، ٦- دعوى الصورية لا تسقط بالتقادم ، لأنها يراد بها تقرير أمر واقع ، وهذا الأمر يبقى واقعا مهما انقضى عليه من الزمن ، أما الدعوى البوليصية فتسقط بالتقادم ، وقد سبق بيان المدة التي تتقادم بها هذه الدعوى ، ٧- في دعوى الصورية يجوز للمدين أن يسترد العين التي باعها صوريا للمشتري . أما في الدعوى البوليصية فلا يستطيع المدين ذلك لأن البيع الذي صدر منه بيع جدي ، ٨- في دعوى الصورية إذا تناوع ، في بيع صوري ، دائن البائع مع دائن المشتري قدم دائن المشتري إيثارا للعقد الظاهر ، أما في دعوى البوليصية فإنه إذا باع المدين عينا إضرارا بدائنه ، اعتبر البيع غير نافذ في حق الدائن ، وتقدم هذا الدائن في استيفاء حقه من العين على دائن المشتري . (راجع فيما تقدم السنهوري ص٩٩٣ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إنه بمقتضى المادة ١٤٣ من القانون المدني يجوز للدائن أن يطعن على تصرف مدينه لإبطاله إما بالدعوى البوليصية وإما بدعوى الصورية ، والدعويان وإن كانتا تتفقات من ناحية أن أساس إبطال التصرف فيهما هو الإضرار بالغير إلا أنهما تختلفان من حيث توجيه الطعن ومن حيث الغرض ، ففي الدعوى البوليصية يكون الطعن على التصرف من ناحية جديته ، ويكون الغرض من الطعن إعادة ملك المدين إليه لإمكان التنفيذ عليه واستيفاء الدائن حقه منه . أما في دعوى الصورية فالطعن يكون بعدم جدية التصرف لمحو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وتقرير أن العين لم تخرج من يد المدين بحيث إذا كان قد تلقاها ، عنه آخر أو نفذ عليها دائن له كان ذلك صحيحا ، وإذن فلمن يطعن على التصرف أن يتخير من هاتين الدعويين الدعوى التي يتحقق بها غرضه ، فإن كان قد اختار الدعوى بالصورية ، ورأت المحكمة صحة دعواه وقضت له بطلباته ، وكانت مع ذلك قد عرضت في أثناء البحث الى الدعوى البوليصية وتكلمت عنها فذلك منها يكون تزيدا لا يستوجب نقض الحكم ، ثم إن مدعى الصورية له أن يضم الى طلب ملكيته للأرض

موضوع الدعوى طلب إبطال التصرف الذي حصل فيها ، وفي هذه يكون الحكم بثبوت الملك للمدعى وإبطال التصرف لثبوت صوريته سليما ، ثم أنه إذا كان الحكم مؤسسا على الصورية فإن البحث في أسبقية دين نازع الملكية (الطاعن بالصورية) على التصرف لا يكون له محل " (الطعن رقم ٣١ لسنة ١٠ق جلسة ١٩٤٠/١٢/١٢) وبأنه " دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصرف فيه في ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه ، بغية إعادة المال الى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولا فإن لم ينجح انتقل الى الدعوى الأخرى " (نقض ١٩٧١/٢/٢٥ طعن ٢٤٥ س٣٦ق) وبأنه " العلة في وجوب أن يطعن الدائن بدعوى الصورية أولاً حتى إذا أخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى نفاذ التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة ، ليحاول إثبات الصورية أولاً ثم ينتقل إن هو أخفق فيها الى عدم النفاذ" (نقض ١٩٧٧/٥/٤ س٢٨ ص١١٢٥ ، نقض ١٩٧١/٢/٢٥ س٢٢ ص١٢٨ ، نقض ١٩٣٦/١١/١٩ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٤٩) وبأنه " وإن كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتضمن إنكار التصرف ، مما يقتضي البدء بالطعن بالصورية إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعنين معا إذا كان الدائن يهدف بهما الى عدم نفاذ تصرف المدين في حقه . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مذكرة المطعون ضدها الأولى أمام محكمة الدرجة الأولى أنها تمسكت بالدعويين معا ، إذ طلبت الحكم بعدم نفاذ عقد البيع الصادر الى الطاعنة من مورث باقي المطعون ضدهم تأسيسا على أنها دائنة له وأن العقد صوري محض وقصد به تهريب أمواله وعلى فرض أنه جدي فإنه إنما عقد للإضرار بحقوقها كدائنة وتنطبق عليه شروط المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ من القانون المدني ولما استأنفت تمسكت بدفاعها المتقدم ذكره ، وبالتالي فإن طلب الصورية كان معروضا على محكمة الدرجة الأولى وإغفالها الفصل فيه لا يجعله طلبا جديدا أمام محكمة الاستئناف " (نقض ١٩٧٤/٤/٢٩ س٢٥ ص٧٧٣)

الدعـــوى البوليصيـــة

الدعـــوى البوليصيـــة

تنص المادة ٢٣٧ من القانون المدني على أن" لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ، وذلك متي توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية ".

- **الدعـــوى البوليصيـــة** :

ويطلق عليها أيضا اسم دعوى عدم نفاذ التصرفات وهى الدعوى التي يقيمها الدائن ضد مدينه المعسر إذا أبرم تصرفا للإضرار به بطريق الغش والتواطؤ ، يطلب فيها عدم نفاذ التصرف في حقه .

- **طبيعة الدعوى البوليصية** :

يتبين من تعريف الدعوى البوليصية السابق أنها وسيلة قانونية يلجأ إليها الدائن إذا توافرت شروطها ليحصل على الحكم بعدم تصرف مدينه ، فهى ليست بدعوى بطلان كما أنها ليست دعوى مسئولية وإنما هى دعوى مستقلة هدفها المحافظة على الضمان العام للدائنين ووسيلتها في تحقيق هذا الهدف هو عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين . (إسماعيل غانم ص١٨٥ ، السنهوري ص٩٢٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن طلبات الطاعنين الختامية أمام محكمة أول درجة قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب إبطال حكم مرسى المزاد الصادر لصالح المطعون ضدها الأولى تأسيسا على المادة ٢٣٧ من القانون المدني ، وكان الطاعنون قد أضافوا الى ذلك طلبا آخر هو الحكم لهم بصحة ونفاذ عقد مورثهم الابتدائي ، فإن إضافة مثل هذا الطلب ليس من شأنها أن تهدر الطلب الأصيل في الدعوى وهو عدم نفاذ حكم مرسى المزاد في حقهم عملا بأحكام الدعوى البوليصية ولا تأثير لها عليه ، وإذ كيفت المحكمة دعوى الطاعنين بأنها مفاضلة بين حكم مرسى المزاد وعقد البيع الابتدائي لمجرد هذه الإضافة ولما بين الطلبين من تفاوت في الأثر القانوني لكل منهما ، دون أن تعرض لبحث طلب عدم نفاذ حكم مرسى المزاد

استقلالا ، تكون قد خالفت القانون وأخطأت في تطبيقه " (الطعن رقم ٦٧١ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٦/٣/٣) وبأنه " الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان بل هي في حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر إضرارا بدائنه ، وهي بذلك تتضمن إقرارا بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها إلغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته بل يظل هذا التصرف صحيحا قائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها الى المدين وإنما ترجع فقط الى الضمان العام للدائنين ، أما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعدم جديته ويستهدف منها المدعى محو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وصولا الى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج من ملك المدين " (الطعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٠) وبأنه " الدعوى البوليصية – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – ليست في حقيقتها إلا دعوى لعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو الى مدينه بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين وإنما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين " (الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/٥/١٣) وبأنه " الدعوى البوليصية ليست في حقيقتها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ، ولا يمس الحكم فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود ، بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ، ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو الى مدينه ، بل أنها تدخل ضمن ما تكفل به القانون حقوق الدائن ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود

الملكية الى المدين وإنما رجوع العين فقط الى الضمان العام للدائن " (الطعن رقم ٧٣٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/١١/٣٠)

- **شروط الدعوى البوليصية** :

أولاً : *ما يشترط في الدائن* : *يشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء* : يجب أن يكون حق الدائن محقق الوجود أى مستحق الأداء خال من النزاع ، ويعتبر كذلك الحق المعلق على شرط فاسخ أو المقترن بأجل فاسخ ، إذ في هذه الحالة يعتبر الحق محقق الوجود ولو أنه مهدد بالزوال بتحقق الشرط أو بحلول الأجل ، وعلى عكس ذلك ، فإن الحق المعلق على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، لا يعتبر محقق الوجود فلا يجوز حينئذ اللجوء للدعوى البوليصية إلا عند تحقق الشرط الواقف أو حلول الأجل الواقف ، ويجب أن يكون الحق حقيقيا فإن كان صوريا كان الدائن بدوره صوريا فلا يحق له أن يطلب الحكم بعدم نفاذ التصرف لانعدام مصلحته ، لكن لا يشترط في الحق أن يكون معلوم المقدار أو ثابتا في سند تنفيذي ، فيكفي أن يكون سند الحق عرفيا ، أو غير ثابت بسند إذا كان أساس المسئولية يرجع الى العمل غير المشروع ، فالمضرور يحق له رفع الدعوى البوليصية ، حتى لو كان التعويض لم يقدر له بعد إذ يعتبر التعويض حقا محقق الوجود ويحول المضرور بذلك دون المدين – الذي يتوقع صدور الحكم بإلزامه بالتعويض – وإخراج أمواله من ضمانه العام . (أنور طلبة ص٤٢٣)

ويلاحظ أن اشتراط كون الدين مستحق الأداء ، ومنع الدائن بدين مؤجل من استعمال الدعوى البوليصية قد يبدو متناقضا مع اشتراط إعسار المدين ، نظرا لما هو معروف من أن الإعسار يترتب عليه سقوط الأجل فيصبح الحق مستحق الأداء ، وتفسير ذلك أن القانون المدني يقرر أن الأجل لا يسقط لمجرد الإعسار الفعلي ، فقد نظم المشرع الإعسار المدني ، واشترط لسقوط الأجل أن يصدر حكم بشهر الإعسار (م٢٧٣) وإصدار حكم بشهر الإعسار هو أمر جوازي للمحكمة (م٢٤٩) كما أن للمحكمة رغم الحكم بشهر الإعسار أن تقضي بإبقاء الأجل أو بمده (م٢/٢٥٥) وينتج من ذلك أنه قد يتوافر شرط الإعسار الفعلي وهو شرط لازم لرفع الدعوى البوليصية ولا يسقط أجل دين الدائن ، بل يظل حقه غير مستحق الأداء ، فلا يستطيع رفع الدعوى البوليصية . (عبد المنعم البدراوي ص١٥٠ وما بعدها)

ولا فرق في رفع الدعوى البوليصية ، بين دائن حقه نقد ودائن حقه عين ودائن حقه عمل أو امتناع عن عمل ، فالكل سواء في استعمال هذه الدعوى ، على النحو الذي قدمناه في الدعوى غير المباشرة ، ولا فرق أخيرا بين ما إذا كان مصدر الحق تصرفا قانونيا أو واقعة مادية ، ففي الحالتين يكون للدائن أن يستعمل الدعوى البوليصية كما أن له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة فيما قدمناه ، ولكن يشترط خلافا للدعوى غير المباشرة ، أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه. (السنهوري ص٨٩٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر وفقا لما تقضي به المواد ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، ٢٣٩ من القانون المدني وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه يشترط في حق الدائن الذي يستعمل دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون دينه حال الأداء وسابقا في نشوئه على صدور التصرف المطعون فيه والعبرة في ذلك بتاريخ نشوء حق الدائن لا بتاريخ استحقاقه ولا بتاريخ تعيين مقداره والفصل فيما يثور بشأنه من نزاع ، وأن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوقه ويكفي لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمة مدينه من ديون وحينئذ يكون على المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ويكون ذلك أيضا للمتصرف إليهم لا دفعا منهم بالتجريد بل إثباتا لتخلف شروط الدعوى المذكورة " (الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨)

ثانياً : **ما يشترط في المدين** : الشروط التي ترجع الى المدين ترد الى شرطين أساسيين هما: ١- الإعسار . ٢- الغش والتواطؤ . **أولاً** : **الإعسار** : يشترط في الدعوى البوليصية أن يكون المدين معسرا ليست عنده أموال تكفي لوفاء حق الدائن ، والمدين إما أن يكن غير معسر قبل صدور التصرف المطعون فيه فيجب أن يكون هذا التصرف هو السبب في إعساره ، وإما أن يكون معسرا قبل صدور التصرف فيجب أن يزيد التصرف في إعساره ، وهذا ما تقضي به المادة ٢٣٧ من التقنين المدني ، فلو أن التصرف المطعون فيه لم يكن هو السبب في الإعسار ، بل بقى المدين موسرا بعد هذا التصرف ، ولكن طرأ بعد ذلك ما جعله معسرا ، فلا يجوز

للدائن أن يطعن في التصرف على أنه قد يتفق أن تصرف المدين لا يجعله معسرا ، ولكن يكون هذا التصرف حلقة في سلسلة متصلة من التصرفات مجموعها يؤدي الى إعساره ، وقد قصد بذلك الإضرار بالدائن ، ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطعن في هذه التصرفات كلها ولا يجتزئ بالتصرف الأخير الذي سبب مباشرة إعسار المدين ، وإذا كان المدين معسرا من بادئ الأمر ، ثم تصرف تصرفا بعوض كاف بحث لم يكن هذا التصرف سببا في زيادة إعساره ، فإن التصرف لا يكون قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية . (السنهوري ص٩٤٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كانت قد استخلصت من وقائع الدعوى وملابساتها ما استدلت به على إعسار المطعون عليهما الثانية والثالثة – المدينتين الراهنتين – وسوء نيتهما والطاعن – الدائن المرتهن – على الإضرار بالمطعون عليها الأولى واستندت في ذلك الى اعتبارات سائغة ثم طابقت بين ما استخلصته وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البوليصية ، وهو كون دين رافع الدعوى مستحق الأداء سابقا على التصرف المطعون فيه وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيئا النية متواطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعدم نفاذ التصرف فإن ذلك حسبها ليكون حكمها سديدا لا مخالفة فيه للقانون " (الطعن رقم ٦٣٦ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/١١ س٢٨ ص١٩٤)

والإعسار في الدعوى البوليصية كالإعسار في الدعوى غير المباشرة ، المقصود به هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه .... لا الإعسار القانوني الذي يستلزم حكما بشهره بشروط وإجراءات معينة ، وللإعسار في الدعوى البوليصية ، فوق ذلك ، معنى عملي ينطوي على كثير من المرونة ، فإذا طولب المدين بإثبات أن له مالا يساوي قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهره لا يتعذر التنفيذ عليها ، وإلا اعتبر معسرا ، ومن هذا يتبين كيف أن التصرف الصادر من المدين قد يكون معاوضة ، ومع ذلك بسبب إعساره ، ويكفي لتحقق ذلك أن يكون المدين قد باع عينا مملوكة له بثمن بخس ، أو باعها بثمن معادل لقيمتها ولكنه أخفى النقود أو بددها بحيث يتعذر على الدائن التنفيذ عليه بحقه ، وإذا فرض أن حق الدائن تركز في عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعودا ببيع أو كان دائنا في وعد برهن أو كان دائنا مرتهنا ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود

برهنها الى شخص آخر إضرارا بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر الى تحمل إجراءات التطير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إعسار بالمعنى المقصود في الدعوى البوليصية مادام الدائن لا يستطيع أن يصل الى العين ذاتها الذي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين ، ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين الى ملك المدين بالنسبة الى حقه وينفذ بهذا الحق عليها . (السنهوري ص٩١٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادتين ٤١٧ ، ٢٣٧ من التقنين المدني أن المشرع قد فرق بين الإعسار القانوني الذي استلزم توافره لشهر إعسار المدين واشترط لقيامه أن تكون أمواله كافية لوفاء ديونه المستحقة الأداء ، وبين الإعسار الفعلي الذي استلزم توافره في دعوى عدم نفاذ التصرف واشترط لقيامه أن يؤدي التصرف الصادر من المدين الى أن تصبح أمواله غير كافية للوفاء بجميع ديونه سواء ما كان منها مستحق الأداء أو مضافا الى أجل ، ومؤدى ذلك أن الإعسار الفعلي أوسع نطاقا من الإعسار القانوني فقد يتوافر الأول دون الثاني " (الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٨/٥/٨ س٢٩ ص١١٨٥)

ويجب أن يبقى المدين معسرا الى وقت رفع الدعوى البوليصية ، فلو أن تصرفه سبب إعساره أو زاد في إعساره ، ثم انقلب بعد ذلك موسرا لزيادة طرأت في ماله ، كما إذا كان قد تلقى ميراثا أو وصية أو عقد صفقة رابحة ، فلا يجوز للدائن أن يطعن في تصرف المدين إذا لم تعد له مصلحة في ذلك ، والدعوى البوليصية دعوى تكميلية (**subsidiaire**) لا تعطى للدائن إلا بعد أن يجرد أموال المدين ، أى إلا بعد أن يثبت أن ليس للمدين مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه غير الحق الذي تصرف فيه ، ويجوز لمن تصرف أن المدين أن يدفع بالتجريد ، ولكن التجريد هنا غير التجريد في الكفالة ، ففي الكفالة إذا لم يطلب الكفيل التجريد في أول الدعوى سقط حقه ، وإذا طلبه فعليه أن يدل الدائن على مال للمدين يستطيع الرجوع عليه فيه وأن يقدم المصروفات اللازمة لهذا الرجوع ، أما في الدعوى البوليصية فيجوز

لمن تلقى الحق عن المدين أن يطلب تجريد المدين في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولا يطلب منه أن يدل الدائن على مال للمدين ، ولا أن يقطم له مصروفات التجريد ، بل على الدائن أن يثبت إعسار المدين ، ومن ثم فللمدين هو الذي يدل على مال عنده يكفي لوفاء ديونه ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان تصرف المدين هو الذي سبب إعساره أو زاد في هذا الإعسار ، وما إذا كان الإعسار باقيا الى وقت رفع الدعوى ، ولا رقابة لمحكمة النقض في ذلك ، وإنما تكون لها الرقابة للتحقق من أن هذين الأمرين قد تثبتت منهما محكمة الموضوع كشرط في الدعوى البوليصية ، والدائن هو المكلف بإثبات كل من الأمرين. (السنهوري ص٩١٨ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " التقرير بأن التصرف المطعون فيه يترتب عليه ضرر بالدائن أو لا يترتب هو تقرير موضوعي ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه ، إذا قضى بعدم نفاذ التصرف في موضوع الدعوى في حق المطعون عليهم الثلاثة الأولين ، أقام قضائه على أن لهم فضلا عن الدين المتخذة إجراءات التنفيذ بسببه دينا آخر مستحق الأداء وصدر به حكم ابتدائي مشمول بالنفاذ المؤقت ، وأن القدر الذي بقى للمدين بعد تصرفه للطاعنات لا يكفي لوفاء جميع ديونه ، إذا قرر الحكم ذلك واستخلص منه إعسار المدين ، فقد استند الى أسباب مسوغة لقضائه ولم يخطئ في تطبيق القانون مادام قد تبين للمحكمة أن الدين الذي أدخلته في تقديرها لإعسار المدين هو دين جدي مستحق الأداء " (نقض مدني ١٩٥٢/٢/١٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٤ ص٤٩٦)

(٢) **الغش والتواطؤ** : فغش المدين هو أهم الشروط في الدعوى البوليصية وسوف نتناول هذا الشرط بالتفصيل عند شرح المادة ٢٣٨ مدني فنحيل إليها .

ثالثاً : **ما يشترط في *التصرف المطعون فيه*** : **١- أن يكون التصرف المطعون فيه تصرفاً قانونيا :** يجب أن يكون العمل الصادر عن المدين ، ويطعن فيه الدائن ، تصرفا قانونيا (**acte juridique**) فإذا كان عملا ماديا ، لم يتصور الطعن فيه ، فلو أن المدين تسبب عمدا أو إهمالا في الإضرار بالغير بعمل غير مشروع ، فالتزم بالتعويض ، وجعله هذا الالتزام معسرا ، فلا سبيل للدائن الى الطعن في العمل غير المشروع ، فإن هذا العمل بحكم أنه عمل مادي نافذ ضرورة في حق الدائن . كذلك

لو ترك المدين عينا مملوكة له في يد الغير حتى ملكها الغير بالتقادم ، فإنه لا يتصور أن يطعن الدائن في هذا العمل المادي السلبي – وهو ترك المدين العين حتى تملكها الغير – ولكن يجوز ، قبل تمام التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، أن يتدخل الدائن باسم المدين فيقطع التقادم ، ويسترد العين بالدعوى غير المباشرة . أما إذا كان العمل المادي إثراء على حساب الغير ، فإن المدين لا يلتزم إلا بأدنى القيمتين ، قيمة ما أثرى به هو وقيمة ما افتقر به دائنه ، فلن يكون هذا الالتزام سببا في إعسار المدين أو في زيادة إعساره ، ولذلك لا يكون الإثراء على حساب الغير قابلا للطعن فيه بالدعوى البوليصية ، ليس فحسب لأنه عمل مادي ، بل أيضا لأنه لا يؤدي الى إعسار المدين . (السنهوري ص٨٩٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " أ- متى كانت حجية الأحكام ليست قاصرة على أطرافها الذين كانوا ممثلين بأشخاصهم فيها بل تمتد أيضا الى من كان ماثلا في الدعوى بمن ينوب عنه كدائني الخصم العاديين ، فإن حكم النفقة الصادر على المطعون ضده الأول لصالح زوجته – يسري في حق الطاعن (الدائن) اعتباره في حكم الخلف العام بالنسبة لمدينه المطعون ضده – المذكور – وقد أتاح القانون للطاعن سبيل التظلم من هذا الحكم بطريق التماس إعادة النظر بشرط إثبات غش مدينه المذكور أو تواطئه ، وذلك إعمالا للفقرة الثانية من المادة ٢٤١ من قانون المرافعات ، ب- عدم النفاذ المنصوص عليه في المادة ٢٣٧ من القانون المدني ، يرد على التصرفات وليس على الأحكام " (الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٤ق جلسة ١٩٧٧/٤/١٣)

(٢) **أن يكون التصرف المطعون فيه مفتقراً للمدين :** يجب أن يكون التصرف القانوني الصادر من المدين تصرفا ينقص من حقوقه ، أو يزيد في التزاماته ، وهذا هو المعني المقصود بالتصرف المفقر (**acta daappauvrissement**) وعلى ذلك فإن التصرف القانوني يكون مفتقرا في حالتين : الأولى : إذا أنقص التصرف من حقوق المدين ، كأن يهب المدين عينا مملوكة له ، أو أن يبيعها ، أو أن يكون دائنا لآخر فيبرئه من دينه . ففي المثلين الأولين نقص حق عيني ، وفي المثل الأخير نقص حق شخصي ، والثانية : إذا زاد في التزامات المدين ، كأنه يشتري عينا فيلتزم بدفع ثمنها ، أو يفترض فيلتزم برد ما اقترض ، أو أن يتعهد بالإنفاق على شخص لا تلزمه

نفقته (إسماعيل غانم ص٣٢٥) غير أن التصرفات التي ينزل بها المدين عن فرصته للاغتناء سواء أكان الاغتناء عن طريق زيادة حقوقه أم عن طريق نقص التزاماته ، كما إذا عرضت على المدين هبته فرفضها ، لا تعتبر تصرفات مفقرة يجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ، لأن الغرض من الدعوى البوليصية تمكين الدائن من المحافظة على الضمان العام وإعادة الضمان العام للدائنين الى الوضع الذي كان قد بلغه قبل التصرف الذي يراد الطعن فيه ، وهذا يقتضي أن يكون ذلك التصرف قد أخرج من ذمة المدين المالية مالا سبق أن وجد فيها أو حملها بدين جديد لم يكن قد لزمها من قبل ، ولا شئ من ذلك كله في حالة النزول عن فرصة للاغتناء ، وكذلك الحال في رفض انقاص الالتزامات . (سليمان مرقص ص٢٢٥ وما بعدها)

(٣) **أن يكون التصرف تاليا لنشوء حق الدائن :** يجب أن يكون التصرف الصادر من المدين تالياً في الوجود لحق الدائن الذي يطعن في هذا التصرف . أما إذا كان حق الدائن لاحقا على التصرف الذي عقده المدين فلا يجوز للدائن أن يباشر هذه الدعوى إذ لا يتصور أن يكون قد عول على حق لم يكن في ذمة المدين أو يكون المدين قد قصد الإضرار به وإذا كان الأصل هو وجوب أن يكون أن يكون الحق سابقا في الوجود على تاريخ التصرف المطعون فيه ، فإن العبرة في ذلك هو بتاريخ نشوء حق الدائن لا تاريخ استحقاقه ، فلو كان الحق موجود قبل صدور التصرف ، ولو كان غير مستحق الأداء أو كان غير خال من النزاع ، فللدائن رفع الدعوى البوليصية ، ولكن بعد أن يصبح الحق مستحق الأداء خاليا من النزاع ، فيستطيع الدائن المعلق حقه على شرط واقف أو المقترن بأجل واقف ، عند تحقيق الشرط أو عند حلول الأجل ، أن يطعن بالدعوى البوليصية في تصرف صدر من مدينه قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، أى في وقت كان حقه فيه غير مستحق الأداء ، مادام هذا الحق أصبح مستحق الأداء وقت رفع الدعوى البوليصية ، فالواجب هو أن يكون حق الدائن سابقا في الوجود لا في الاستحقاق على تصرف المدين ، ولا شك في أن الحق المعلق على شرط أو المقترن بأجل يعتبر موجودا قبل تحقق الشرط أو قبل حلول الأجل ، فيكون سابقا في الوجود على تصرف المدين ، وإذا تصرف المدين في وقت كان الدائن قد رفع دعواه يطلب الحكم بحقه المتنازع فيه ، وكان الدافع للمدين على التصرف توقعه صدور الحكم عليه في دعوى الدائن ،

فللدائن المدين ، لأنه إذا كان هذا التصرف قد سبق الحكم ، فإن الحكم ليس منشئا لحق الدائن بل هو مقرر له ، فالحق قبل صدور التصرف من المدين ، والعبرة في التصرف الصادر من المدين بتاريخ صدوره ، لا بتاريخ شهره إن كان من التصرفات التي تستوجب الشهر ، فإذا كان التصرف الصادر من المدين بيعا مثلا ، وجب أن يكون صدور البيع تاليا لثبوت حق الدائن ، أما إذا كان سابقا ، فليس للدائن أن يطعن في البيع حتى لو لم يسجل إلا بعد ثبوت حقه . (السنهوري ص٣١١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان البيع الصادر من المفلس الى الطاعن أقام قضاءه على أن مديونيه المفلس نشأت قبل التصرف في العقار موضوع النزاع ، وأن المفلس اصطنع دفاتر خصيصا للتفليسة ، وأن محكمة الجنح أدانت الطاعن بالاشتراك مع المفلس في الإفلاس بالتدليس بزيادة ديونه وتحرير سندات صورية وأن المفلس أصبح معسرا بتصرفه ببيع العقار للطاعن ، وأن مجموعة الدائنين لحقها الضرر من جراء هذا التصرف وأن ذمة المفلس كانت مشغولة بديون مستحقة عليه قبل التصرف ولم يسددها ، وأن المشتري كان على علم بإعسار البائع ولم يسجل العقد إلا بعد مضى ثمانية عشر شهرا من تاريخ توقيعه أى بعد ما أوهم المفلس دائنيه بتواطؤه مع الطاعن بأنه يملك عقارا لم يتصرف فيه فتعاقدوا معه مقتنعين بملكيته ، فإن هذا الحكم يكون قد تناول أركان الدعوى البوليصية من حيث التواطؤ والإعسار والضرر وطبق المادة ٢٣٨ من قانون التجارة المختلط تطبيقا صحيحا لا قصور فيه " (الطعن رقم ٧٣ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٣/١٢/١٥) وبأنه " دين الضريبة ينشأ بمجرد توافر الواقعة المنشئة له طبقا للقانون ، وهذه الواقعة تولد مع ميلاد الإيراد الخاضع للضريبة ، أما الورد فهو أداة تنفيذية لتحصيل الضريبة ولا يعتبر مصدرا للالتزام بالضريبة أو شرطا لتكونه ، يؤيد هذا النظر أنه يبين من نصوص بعض مواد القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ أن دين الضريبة ينشأ ويصبح واجب الأداء قبل أن يصدر به الورد ، فقد ألزم المشرع الممولين في المادتين ٤٤ ، ٤٨ من هذا القانون بعد تعديلهما بالقانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٥٠ بالوفاء بالضريبة على أساس الإقرار المقدم منهم ، وتقرر المادة ٤٥ وما بعدها أن الضريبة تصبح واجبة الأداء طبقا لما يستقر عليه رأى المصلحة إذا

أصرت على تصحيح الإقرار المقدم من الممول ، وأجازت المادة ٩٢ بعد تعديلها بالقانون رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٥٩ للمصلحة توقيع حجز تنفيذي بقيمة ما هو مستحق من الضرائب على أساس الإقرار إذا لم يتم أداؤها في الموعد القانوني دون حاجة الى إصدار الورد ، وتقضي المادة ٩٣ مكرر (أ) بإلزام الممول بفائدة قدرها ستة في المائة عن الضريبة التي لم يؤدها في ميعاد تقديم الإقرار اعتبار من اليوم التالي لتاريخ انتهاء المواعيد المحددة لأدائها حتى تاريخ الأداء ، ولا محل للتحدي بما تنص عليه المادة ٩٢ من ذات القانون ، ذلك أن هذه المادة صريحة في أنها تعلق تحصيل الضريبة لا نشوءها على صدور الأوراد الواجبة التنفيذ ، ولا يغير من ذلك ما نصت عليه المادة ٩٧ مكررا من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ ، ولا ما أورده القانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ بشأن تقادم الضرائب والرسوم في مادته الثانية ، لأن هذين القانونين لم يستهدفا الإنابة عن الواقعة المنشئة لدين الضريبة ، وإنما شرطا اتخاذ إجراءات معينة تيسيرا على الممولين في استرداد ما دفعوه بغير حق ، وهو ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٥٢ ، وكذلك ما أوضحته المذكرة الإيضاحية رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٣ تعليقا على المادة الثانية وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وجرى في قضائه على أن دين الضريبة لا ينشأ في ذمة الممول إلا بعد صدور الورد ، وأن دين ضريبة الأرباح التجارية موضوع التنفيذ المستحق عن سنتى ١٩٥٦ ، ١٩٥٧ ، تال في الوجود لتاريخ التصرف الصادر منه – ببيع العقار المحجوز عليه إداريا – الى المطعون عليهن والمسجل في ٣ سبتمبر ١٩٥٩ تأسيسا على أن الورد لم يكن قد وجه إليه حتى ذلك التاريخ ، ورتب الحكم على ذلك عدم توافر شروط الدعوى البوليصية بالنسبة لهذا التصرف ، وإلغاء الحجز الموقع على العقار المبيع ، فإنه يكون قد خالف القانون " (الطعن قم ٢٣٨ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧٤/١/١٦)

- **إثبات أن تصرف المدين تال في التاريخ لحق الدائن** :

تقضي القواعد العامة بأن الدائن ، وهو الذي يطعن في تصرف المدين ، يحمل عبء إثبات أن حقه سابق في الوجود على صدور التصرف المطعون فيه ، لأن هذا شرك من شروط الدعوى البوليصية والدائن الذي يستعمل الدعوى هو المكلف

بإثبات توافر جميع شروطها ، فإذا كان حق الدائن ناشئا عن واقعة قانونية ليست تصرفا فيجوز إثباته وإثبات تاريخ نشئوه بكافة الطرق ، ومتى ثبت هذا التاريخ أمكن المقارنة بينه وبين التاريخ الثابت للتصرف المطعون فيه والقول بأسبقية حق الدائن على التصرف المذكور أو عدمها ، فإذا كان مصدر حق الدائن تصرفا قانونيا فإنه يثبت طبقا للقواعد العامة ، إلا أنه لا يشترط أن يكون له تاريخ ثابت خاصة وأن الدائن لا يعتبر من الغير بالنسبة الى هذا التاريخ . (سليمان مرقص ص٢٣٥ ، نبيل إبراهيم ص١٢٥)

- **إجراءات رفع الدعوى البوليصية** :

ترفع الدعوى البوليصية بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أى بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة (م٦٣ من قانون المرافعات) إلا أنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه ، فإنه يجوز إثارته كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف . (عزمي البكري ص٩٠٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة ، ولا يغير من هذا شيئا أن يكون التصرف مسجلا فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع الدائن في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استنادا الى عقده المسجل بالدعوى البوليصية ، إذ ليس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من طريقة إعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها " (الطعن رقم ١١٤ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٣/٣٠)

- **الخصوم في الدعوى البوليصية** :

الدعوى البوليصية هى دعوى شخصية ، يجب على الدائن أن يختصم فيها المدين والمتصرف إليه ومن تصرف إليه الأخير أن وجد ، وهكذا وتسري الشروط المتعلقة بخلف الخلف وفقا للمادة التالية . (أنور طلبة ص٤٢٨)

- **التمسك بالبوليصية** :

يجوز التمسك بها عن طريق الدفع في الدعوى التي يطلب فيها نفاذ التصرف ، كما يجوز التمسك بها عن طريق الدعوى المبتدأة يرفعها الدائن بطلب عدم نفاذ

التصرف ، ويتمسك الدائن بالدعوى البوليصية عن طريق الدفع عندما يتدخل أو يدخل في الدعوى القائمة ما بين المدين والمتصرف إليه ، وحينئذ يتعين على القاضي بحث شروط الدعوى البوليصية ، فإن توافرت قضى بقبول الدفع وبعدم نفاذ التصرف في حق الدائن وفي الدعوى الأصلية بصحة ونفاذ التصرف فيما بين المتعاقدين ، ولا يتعارض ذلك مع اعتبار التصرف غير نافذا في حق الدائن ، إذ لكل نفاذ نطاقه ويصح أن يكون التصرف نافذا بالنسبة لشخص وغير نافذ بالنسبة لآخر ، وللمتصرف إليه أن يحتج بالتصرف في مواجهة من نفاذ في حقه دون من لم ينفذ في حقه . (أنور طلبة ص٤٢٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " أنه لما كانت الدعوى البوليصية يقصد بها عدم نفاذ التصرف الصادر من المدين في حق دائنه ، كان من الجائز إثارتها كدفع للدعوى التي يرفعها المتصرف إليه بطلب نفاذ هذا التصرف ، ولا يلزم أن ترفع في صورة دعوى مستقلة ، ولا يغير من هذا شيئا أن يكون التصرف مسجلا ، فإن تسجيله لا يحول دون أن يدفع دائنه في مواجهة المتصرف إليه الذي يطلب تثبيت ملكيته استنادا الى عقده المسجل بالدعوى البوليصية وبيس من شأن تسجيل التصرف أن يغير من أعمال هذه الدعوى ولا الآثار المترتبة عليها " (الطعن رقم ١١٤ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٣/٣٠) وبأنه " قضاء محكمة النقض قد جرى على جواز التمسك بالدعوى البوليصية كدفع في الدعوى التي يطلب فيها نفاذ التصرف " (الطعن رقم ٧ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٢/١٤)

- **استخلاص شروط الدعوى البوليصية** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " إذ كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من وقائع الدعوى ما استدلت منه على إعسار المدين المتصرف وسوء نيته هو والمتصرف له وتواطؤهما على الإضرار بالدائن ، ثم طابقت بين ما استخلصته من ذلك وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البوليصية وهى كون دين رافع الدعوى سابقا على التصرف المطلوب إبطاله وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيء النية متواطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعد ذلك بإبطال التصرف ، فذلك حسبها ليكون حكمها سديدا مستوفى الأسباب " (الطعن رقم ٧٧ لسنة ٥ق جلسة ١٩٣٦/٤/١٦) وبأنه " متى كانت المحكمة قد استخلصت من

وقائع الدعوى وملابساتها ما استدلت به على إعسار المطعون عليهما الثانية والثالثة – المدينتين الراهنتين – وسوء نيتهما هما والطاعن – الدائن المرتهن – على الإضرار بالمطعون عليها الأولى واستندت في ذلك الى اعتبارات سائغة ثم طابقت بين ما استخلصته وبين المعاني القانونية لأركان الدعوى البوليصية وهى كون دين رافع الدعوى مستحق الأداء سابقا على التصرف المطعون فيه وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيئ النية متواطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعدم نفاذ التصرف ، فإن ذلك حسبها ليكون حكمها سديدا لا مخالفة فيه للقانون " (الطعن رقم ٣٦٣ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/١١) وبأنه " إذا كان المشتري قد استند في دفاعه في دعوى إبطال التصرف الى أن عقد البيع المراد إبطاله قد ذكر فيه أن الثمن يدفع في دين للبنك العقاري مضمون برهن على الأطيان المبيعة وغيرها يرجع تاريخه الى سنوات عدة سابقة على نشوء حق الدائن طالب إبطال البيع ، وأنه دفع للبنك مبالغ بمقتضى وصولات قدمها الى المحكمة تناهز ضعف ثمن الأطيان المبيعة ، فهذا الدفاع من شأنه – لو صح – أن يؤثر في وجه الحكم في الدعوى لأنه متى ثبت أن البيع قد انعقد بقصد وفاء دين على المبيع يضمنه رهن سابق على نشوء حق دائن آخر ويربو على قيمة العين المبيعة ، فذلك ينفي ركن الإضرار بالدائن الأخير من ناحية وإفقار المدين من ناحية أخرى وتنتفي تبعا مصلحة هذا الدائن في طلب إبطال هذا البيع وإذن فإذا أغفل الحكم القاضي بإبطال البيع مناقشة هذا الدفاع وتحقيقه والرد عليه ، واستند في قضائه الى ما قاله من بخس الثمن دون أن يبين كيف تحصل له ذلك فهذا الحكم يكون قد عاره بطلان جوهري ويتعين نقضه " (الطعن رقم ١٠٣ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣) وبأنه " إن طلب إبطال التصرف الحاصل من المدين عملا بالمادة ١٤٣ من القانون المدني يقتضي أن يثبت الدائن تواطؤ مدينه مع من تصرف إليه ، وأن يكون التصرف ذاته قد أدى الى إعسار المدين بحيث لم يعد لديه ما يوفي بحق الدائن المدعى ، هذا هو حكم القانون على إطلاقه ، إلا أنه يجب أن يلاحظ في تطبيقه أن لمن يكون له دين ثابت الحق في أن يقتضي دينه من غريمه غير التاجر في أى وقت شاء ، وأن يتفق معه على طريقة الوفاء سواء أكان ذلك عينا أم بمقابل ولا يؤثر في ذلك علم هذا الدائن بما لغيره م دين ، بل إذ كان هناك مطعن فلا سبيل

لتوجيه إلا الى الحق الذي اتخذ أساس للاتفاق أو الى المحاباة التي قد تقع فإذا كان المشتري قد تمسك بأن البيع الصادر إليه إنما كان تسوية لمعاملات سابقة بينه وبين البائع مستندا في ذلك الى عقود مسجلة والى مستندات أخرى قدمها لتأييد دعواه ، فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث والتمحيص لكى تقول كلمتها فيها ، بل استخلصت من مجرد علم المشتري بدين غيره الى مدينه دليلا على تواطؤه مع البائع ، وحكمت في الدعوى على هذا الأساس فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور في أسبابه " (الطعن رقم ٥٣ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٤/١)

- **آثار الدعوى البوليصية** :

متى توافرت شروط الدعوى البوليصية على نحو ما سلف ، فإنها لا تؤدي الى بطلان تصرف المدين ، وإنما تحول فقط دون نفاذه في حق الدائنين ، فيظل التصرف قائما وصحيحا فيما بين أطرافه وينصرف أثره الى خلف كل منهما ، سواء كان خلفا عاما أو خاصا ، ومتى قضى بعدم نفاذ التصرف وأصبح الحكم نهائيا ، كان للمتصرف إليه أن يرجع على المدين بضمان الاستحقاق أو بطلب الفسخ والتعويض لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه ، ولما كانت الدعوى البوليصية دعوى شخصية الغرض منها عدم نفاذ التصرف لتمكين الدائن من استيفاء حقه ، فلا يكون من شأنها تثبيت ملكية الدائن للحق محل التصرف ، ويقتصر الحكم على القدر الذي يكفي للوفاء بهذا الحق ، وفي هذه الحالة تسري أحكام الاستحقاق الجزئي (م٢٤٠) وكان بيد الدائن عقد بيع يتعلق بالعين محل التصرف المطعون عليه ، فليس له المطالبة بالحكم بصحته ونفاذه إن كان التصرف المطعون عليه سابق في التسجيل ، ذلك لأن الغش والتواطؤ لا ينالان من التسجيل ويكون للدائن الرجوع بالتعويض والتنفيذ على العين . (أنور طلبة ص٤٢٥)

- **الدفع بالصورية يجب أن يسبق الدفع بالبوليصية** :

الصورية المطلقة تعني أن التصرف لا وجود له في الواقع أصلا أما البوليصية فتعني أن التصرف جدي وغير صوري ولكنه غير نافذ في حق الدائن ، ومن ثم فإنه لا يجوز إبداء الدفع بعدم نفاذ التصرف يف حق الدائن ثم يعود الدائن الى الدفع بصوريته لأنه بتمسكه بالدفع الأول يكون قد أقر باعتبار التصرف حقيقيا مما يحول دونه والعودة الى الدفع بصوريته ، أما إذا تمسك أولا بالصورية ، وأخفق في إثباتها ،

كان له بعد ذلك التمسك بعدم نفاذ التصرف ، باعتباره تصرفا حقيقيا إلا أنه غير نافذ في حقه ، ويجوز للدائن أن يجمع بين الدفعين ولو في صحيفة واحدة أو بمذكرة واحدة وذلك على سبيل الخيرة بينهما ، وفي هذه الحالة يجب أن يتمسك أولا بالصورية ثم ينتقل بعد ذلك ، في حالة عدم ثبوت الصورية الى التمسك بعدم النفاذ ، كما يجوز له التمسك أولاً بالصورية وحدها ثم يبدي بعد ذلك الدفع بعدم النفاذ في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . (عزمي البكري ص٩٠٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المقرر – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أنه لا يقبل من الدائن الادعاء بصورية تصرف مدينه صورية مطلقة بعد أن يكن قد طعن عليه بعدم نفاذه في حقه لحصوله بطريق الغش والتواطؤ ، لأن مثل هذا الطعن فيه معنى الإقرار بجدية التصرف ومن قيام الرغبة في إحداث آثار قانونية له بما يتفق مع الادعاء بصوريته صورية مطلقة التي إنما تغني عدم قيامه أصلا في نية المتعاقدين فيه " (الطعنان رقما ٢٤٨٠ ، ٢٤٨١ لسنة ٥٢ق جلسة ١٩٨٦/٣/٦) وبأنه " إذا تمسك الدائن أصليا بصورية عقد البيع الحاصل من مدينه واحتياطيا بأن هذا البيع حصل إضرارا به ، وبحثت المحكمة في صورية العقد فتبين لها أنه جدي ، فلا يجوز لها بعد ذلك أن تبطله على أساس أنه صوري تدليسي " (الطعن رقم ١٤ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٦/١١/١٩) وبأنه " دعوى الصورية دعوى عدم نفاذ تصرف المدين هما دعويان مختلفان ، فيجوز للدائن إثبات أن العقد الذي صدر من المدين صوري بغية استبقاء المال الذي تصف فيه في ملكه ، فإن أخفق جاز له الطعن في العقد الحقيقي بدعوى عدم نفاذ التصرف في حقه ، بغية إعادة المال الى ملك المدين ، كما أنه يجوز للدائن كذلك في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالدعويين معا على سبيل الخيرة ، فيحاول إثبات الصورية أولاً فإن لم ينجح انتقل الى الدعوى الأخرى " (الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٢/٢٥) وبأنه " وإن كان الطعن بالدعوى البوليصية يتضمن الإقرار بجدية التصرف والطعن بالصورية يتمن إنكار التصرف ، مما يقتضي البدء بالطعن بالصورية إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من إبداء الطعين معا إذا كان الدائن يهدف بهما الى عدم نفاذ تصرف المدين في حقه . لما كان ذلك ، وكان الثابت من مذكرة المطعون ضدها الأولى أمام محكمة الدرجة

الأولى أنها تمسكت بالدعويين معا ، إذ طلبت الحكم بعدم نفاذ عقد البيع الصادر الى الطاعنة من مورث باقي المطعون ضدهم تأسيسا على أنها دائنة له وأن العقد صوري محض وقصد به تهريب أمواله وعلى فرض أنه جدي فإنه إنما عقد للإضرار بحقوقها كدائنة وتنطبق عليه شروط المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ من القانون المدني ولما استأنفت تمسكت بدفاعها المتقدم ذكره ، وبالتالي فإن طلب الصورية كان معروضا على محكمة الدرجة الأولى وإغفالها الفصل فيه لا يجعله طلبا جديدا أمام محكمة الاستئناف " (الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩) وبأنه " العلة في وجوب أن يطعن الدائن بدعوى الصورية أولاً حتى إذا اخفق فيها كان له أن يطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف بما لا يتفق مع الدفع بالصورية بعد ذلك بحيث يجوز للدائن في الدعوى الواحدة أن يطعن في تصرف مدينه بالصورية وبدعوى عدم نفاذ التصرف معا على سبيل الخيرة فيحاول إثبات الصورية أولاً ن ثم ينتقل إن هو أخفق فيها الى عدم النفاذ " (الطعن رقم ٥ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/٥/٤)

- **التنازل عن الدعوى البوليصية** :

للدائن التنازل عن الدعوى البوليصية ، ويكون التناول صراحة أو ضمنا ، إنما يجب أن تكون نيته في التناول واضحة . إلا أنه لا يعتبر تنازلا مجرد توقيع الدائن حجزا على الثمن المستحق في ذمة المشتري للبائع . (عزمي البكري ص٩٠٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن " للدائن للتنازل صراحة أو ضمنا عن الدعوى البوليصية ، على أن تكون نيته في التنازل واضحة ، ومجرد توقيعه حجزا على الثمن المستحق في ذمة المشتري للبائع مدينه لا يعتبر تنازلا عن الطعن في البيع بالدعوى البوليصية " (الطعن رقم ١٠٦٣ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٧/٤/٢٧)

- **الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة** :

تتفق الدعويان في الهدف النهائي وهو المحافظة على الضمان العام . لذلك كان إعسار المدين شرطا ضروريا في الدعويين إذ لا تدعو الحاجة الى المحافظة على الضمان العام إلا إذا لم يكن هذا الضمان كافيا ، بأن كانت التزامات المدين تزيد عن أمواله ، ولكن الدعوى البوليصية تتميز بما لها من خطورة ، إذ هى تؤدي الى تعطيل آثار تصرف جدي عقده المدين ، في حين أن الدعوى غير المباشرة تقتصر على معالجة موقف سلبي ، كما أن الدعوى البوليصية تمس مصلحة شخص

آخر غير المدين وهو المتصرف إليه . لذلك كان من المنطقي أن تكون شروطها أكثر صعوبة من شروط الدعوى غير المباشرة ، ففي حين أنه لا يشترط في الدعوى غير المباشرة أن يكون المدين ، إذا لم يستعمل حقه ، قد قصد الإضرار بدائنيه ، يشترط في الدعوى البوليصية ، إذا كان التصرف المطعون فيه معاوضة ، أن يكون المدين قد ارتكب غشا وأن يكون المتصرف إليه على علم بهذا الغش ، وفي حين أنه يكفي أن تكون الدائنية محققة لكى يستطيع الدائن أن يستعمل حقوق مدينه ، فإنه يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقا على تصرف المدين حتى يجوز له الطعن فيه طالبا عدم نفاذه في حقه . (نبيل إبراهيم ص١٢٠ ، إسماعيل غانم ص١٦٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن " وإن كانت الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية تختلفان كل منهما عن الأخرى في أساسها وشروطها وآثارها ، ومن ثم لا يجوز الجمع بينهما في آن واحد ، إلا أنه يجوز للدائن أن يستعملهما متعاقبين إحداهما بعد الأخرى ، وليس من الضروري أن ترفع الدعوى البوليصية استقلالا بل يصح رفعها كدعوى عارضة أو إثارتها كمسألة أولية لو أثناء قيام الدعوى غير المباشرة متى كانت ظروف دفاع الدائن تستلزم ذلك . فإذا كان الدائن عندما ووجه في دعواه غير المباشرة من ناظر الوقف بمصادقة مدينه على حساب القف قد دفع بأن هذه المصادفة باطلة لصدورها غشا وتدليسا وبالتواطؤ بين المدين وبين ناظر الوقف ، فإنه لا يكون قد جميع بين الدعوى غير المباشرة وبين الدعوى البوليصية في آن واحد ، وإنما هو آثار الدعوى البوليصية كمسألة أولية بهو بهذا قد استعمل الدعويين على التعاقب ، ويكون من المتعين الفصل في الدعوى البوليصية ، وإذا كانت المحكمة قد قصرت بحثها على الدعوى غير المباشرة واعتبرت مصادقة المدين نافذة في حقه بمقولة أنه لم يرفع الدعوى البوليصية فإنها تكون قد أغفلت الفصل في دفاعه ويكون حكمها قد أخطأ في تطبيق هذا الدفاع وتعين نقضه " (الطعن رقم ٧٧ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٢/٢)

وتنص المادة ٢٣٨ مدني على أن" إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً علي غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش

أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ،كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذاكان قد علم أن هذا المدين معسر .

أما إذاكان التصرف تبرعاً ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولوكان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً .

وإذاكان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلي خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذاكان الخلف الثاني يعلم غش المدين ، وعلم الخلف الأول بهذا الغش أن كان المدين قد تصرف بعوض ، أوكان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً " .

- **الغش والتواطؤ أهم شروط الدعوى البوليصية** :

ذكرنا فيما تقدم أن شروط الدعوى البوليصية التي ترجع الى المدين هى : (١) الإعسار ، (٢) الغش والتواطؤ ، وسبق أن تناولنا الإعسار في المادة السابقة ، بقى لنا الغش والتواطؤ ، والغش والتواطؤ من أهم شروط الدعوى البوليصية فلا يكفي أن يؤدي التصرف المطعون عليه الى إعسار المدين أو الى زيادة إعساره – بل يلزم أن تم التصرف معاوضة ألا بمقابل ، أن يكون مشوبا بالغش من جانب المدين فيقصد من تصرفه الى الإضرار بدائنه ليحول دونه والتنفيذ على العين محل التصرف ، ويتوفر الغش عندما ينصرف المدين في أمواله وهو يعلم أنه معسر أو أن هذا التصرف سيؤدي الى إعساره . (أنور طلبة ص٤٤٥)

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، كما رأينا ، على أنه " إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين ، وأن يكون من صدر لع التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر " .

ويتيبن من هذا النص أنه إذا كان التصرف الصادر من المدين معاوضة ، كبيع مثلا ، وجب أن يكون منطويا على غش من المدين ، وقد توخى التقنين المدني الجديد إقامة قرائن قانونية لتيسير الإثبات الذي يحمل عبئه الدائن ، فعلى الدائن أن

يثبت أن المدين وقت أن صدر منه البيع كان يعلم أن هذا البيع بسبب إعساره أو يزيد في إعساره ، ويستطيع الدائن أن يستخلص من هذا العلم من بعض القرائن القضائية التي تقوم في الدعوى ، كما إذا كان المدين قد تصرف لولده أو لزوجته أو لأحد أقاربه الأقربين ولم يكن لمن تصرف له مال ظاهر يقوم معه احتمال جدي أن دفع الثمن ، فإذا أثبت الدائن علم المدين بإعساره ، كان هذا قرينة قانونية على غش المدين ، ولكن القرينة غير قاطعة ، فهى قابلة لإثبات العكس ، ويستكيع المدين أن ينقصها بأن يثبت من جانبه أنه بالرغم من علمه بإعساره إلا أنه لم يقصد إلحاق الضرر بالدائن ، بل كان الدافع له على الترف باعثا آخر . كما لو أثبت أنه قصجد بتصرفه توفير حاجياته الضرورية ، أو أن التصرف كان من التصرفات العادية التي تقتضيها مهنته ، وقد يتعاقد المدين تعاقدا يؤدي الى إعساره وهو عالم بذلك ، وإنما يقدم على التعاقد لا غشا وإضرارا بحقوق الدائن ، بل اعتقادا منه أن هذا التعاقد الذي أدى الى إعساره سيكون سببا في ترويج أعمال وعودته الى اليسار ، ففي مثل هذه الحالة ، إذا أثبت المدين ذلك لا يجوز للدائن الطعن في العقد لانعدام الغش ، ولا يكفي مادام التصرف في معارضة ، أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين على النحو المتقدم ذكره ، بل يجب أيضا أن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفي لإثبات علم المتصرف إليه بالغش مجرد علم المتصرف إليه بإعسار المدين الى أن يثبت أنه مع علمه بإعسار المدين كان معذورا في اعتقاده أن المدين لم ينصرف بقصد الإضرار بدائنيه بل يقصد آخر لا احتيال فيه على القانون . (عزمي البكري ص٩١٣)

فإذا باع المدين لزوجه عقارا ، ولم يامكن الزوج من أن يثبت من أين أتت له النقود التي دفع منها الثمن ولم يكن في حالة مالية تسمح باحتمال وقوع هذه الصفقة له ، فإذا إذا اقترنت هذه القرينة بقرائن أخرى تؤيدها كان هذا قرينة على العلم بإعسار المدين . (استئناف مختلط ١٩١٣/١٢/١)

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد المادة ١/٢٣٨ من القانون المدني أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض أن يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرف عليها ، ويكفي لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت

علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وتقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله " (الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٣ ، الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ق س٣٥ ص١٢١٣ جلسة ١٩٨٤/٥/٨، الطعن رقم ٤٩٢ لسنة ٤٦ق س٢٩ ص١١٨٥ جلسة ١٩٧٨/٥/٨ ، الطعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٥٦٥ جلسة ١٩٧١/٤/٢٧) وبأنه " كان الحكم قد قرر أن عقد البيع موضوع النزاع هو عقد صحيح ، لم يشبه البطلان ، ولم يقصد منه الإضرار بالدائنين ، لعدم توافر شروط الدعوى البوليصية إذ لم يثبت إعسار المدين ، ولأن نشوء الدين كان لاحقا لعقد المبيع ، فإن هذا الذي أورده الحكم لا يقتصر على نفى شروط الدعوى البوليصية ، بل يفيد كذلك نفى مظنة الصورية على وجه الإطلاق " (الطعن رقم ١١٩ لسنة ٢١ق جلسة ١٩٥٤/٦/١٠ ، الطعن رقم ١٤٠ لسنة ١٥ق جلسة ١٩٤٦/٥/٢٢) وبأنه " مفاد نص المادتين ٢٣٧ ، ١/٢٣٨ من القانون المدني ، أن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه ، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بحقوق الدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذ كان الحكم المطعون فيه بعد أن أثبت أن الطاعن اشترى العقار موضوع الدعوى وثبت في عقد البيع الصادر له من المطعون عليه الثاني أن العين المبيعة محملة برهن رسمي للمطعون عليها الأولى ضمانا لدينها قبل المطعون عليه الثاني (البائع) وأن هذا الرهن سابق في القيد على تسجيل عقد شراء الطاعن ، واستخلص الحكم من شهادة شاهدى المطعون عليها الأولى من هذا الخصوص ، ومما شهد به شاهد الطاعن من أنه احتجز جزءا من الثمن لوجود الرهن ، قيام التواطؤ بين المطعون عليه الثاني وبين الطاعن تأسيسا على أن هذا الأخير كان يعلم أن التصرف يؤدي الى إعسار المطعون عليه الثاني ، مع أن الثابت من الحكم أن الطاعن أقبل على الشراء وهو على بينة من الديون ومن الرهن المقيد على العين المبيعة ضمانا لهذا الدين ، والذي يخول للمطعون عليها الأولى تتبع العقار في أى يد تكون ، ثم رتب الحكم على ذلك

قضاءه بعدم نفاذ العقد الصادر من المطعون عليه الثاني للطاعن ، فإنه يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال " (نقض ١٩٧١/٤/٢٧ س٢٢ ص٥٦٥) وبأنه " طلب إبطال التصرف الحاصل من المدين عملا بالمادة ١٤٣ من القانون المدني (قديم) يقتضي أن يثبت الدائن تواطؤ مدينه مع من تصرف إليه ، وأن يكون التصرف ذاته قد أدى الى إعسار المدين بحيث لم يعد لديه ما يوفى بحق الدائن المدعى ، هذا هو حكم القانون على إطلاقه ، إلا أنه يحب أن يلاحظ في تطبيقه أن لمن له دين ثابت ، الحق في أن يقتضي دينه من غريمه غير التاجر في أى وقت شاء ، وأن يتفق معه على طريقة الوفاء سواء أكان ذلك عنا أم بمقابل ولا يؤثر في ذلك علم هذا الدائن بما لغيره من دين ، بل إذا كان هناك مطعن فلا سبيل لتوجيهه إلا الى الحق الذي اتخذ أساس للاتفاق أو الى المحاباة التي قد تقع فيه فإذا كان المشتري قد تمسك بأن البيع الصادر إليه إنما كان تسوية لمعاملات سابقة بينه وبين البائع مستندا في ذلك الى عقود مسجلة وإلى مستندات أخرى قدمها لتأييد دعواه ، فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث والتحميص لكى تقول كلمتها فيها بل استخلصت من مجرد علم المشتري بدين غيره على مدينه دليلا على توطئه مع البائع ، وحكمت في الدعوى على هذا الأساس ، فإن حكمها يكون مشوبا بالقصور في أسبابه " (نقض ١٩٤٣/٤/١ جـ١ في ٢٥سنة ص٦٥١) وبأنه " الغش الواقع من المدين وحده في المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بالدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام الدعوى البوليصية عليها فالحكم الذي لا يأبه بعدم حصول التواطؤ بين المتعاقدين يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه" (نقض ١٩٣٧/٥/٢٧ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٥٠) وبأنه " المادة ١٤٣ من القانون المدني واضحة في أن المشرع قصد أن يفرق في الحكم بين تصرفات المدين في أمواله بمقابل وما يصدر عنه بطريق التبرع ، فإنه بدأ بذكر التصرفات عامة واشترط لإبطالها أن تون قد صدرت بقصد إلحاق الضرر بالدائن أى بطريق الغش ، ثم عاد فذكر التبرعات وحدها مكتفيا في إبطالها بثبوت وقوع الضرر عنها ، وهذه المادة واضحة كذلك في أن الغش الواقع من المدين وحده في المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه ، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بالدائن ، لأن الغش

من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام الدعوى البوليصية عليها ، فالحكم الذي لا يأبه بعدم حصول التواطؤ بين المتعاقدين يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه " (نقض ١٩٣٧/٥/٢٧ طعن ٨٧ س٦ق) وبأنه " النص في المادة ٢٣٨ من التقنين المدني على أن المشرع اشترط لعدم نفاذ التصرف بعوض ان يثبت الدائن التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيان دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ويكفي لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه " (نقض ١٩٧٨/٥/٨ طعن ٤٩٢ س٤٦ق) وبأنه " مفاد نص المادتين ٢٣٧ ، ١/٢٣٨ من القانون المدني أن الغش الواقع من المدين وحده في عقود المعاوضات ، لا يكفي لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن ، بل يجب على الدائن ، إثبات التواطؤ بين المدين وبين المتصرف إليه على الإضرار بحقوق الدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام دعوى عدم نفاذ التصرفات عليها ، وأن يثبت أن الغش موجود وقت صدور التصرف المطعون فيه ، وإذ كان يبين مما قرره الحكم المطعون فيه وأسس عليه قضاءه أنه استخلص من أقوال الشهود والقرائن التي أوردها أن المتصرف إليه – مشتري العقار – لم يكن يعلم أن التصرف يؤدي الى إعسار البائع ، ورتب على ذلك عدم توافر الغش في جانب المتصرف إليه بما ينتفي معه أحد أركان دعوى نفاذ التصرف فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا " (نقض ١٩٧٣/١٢/٤ طعن ١٨٣ س٣٩ق)

- **سلطة قاضي الموضوع في تقدير التواطؤ والعلم بإعسار المدين** :

تقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع دون معقب متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت في الأوراق وتؤدي الى النتيجة التي انتهت إليها . (نقض ١٩٧٨/٥/٨ طعن ٤٩٢ س٤٦ق)

وقد قضت محكمة النقض بأن " استنتاج انتفاء حصول التواطؤ بين البائع والمشتري من ظروف الدعوى ووقائعها هو مسألة موضوعية لا شأن لمحكمة النقض بها " (نقض ١٩٣٣/١/١٩ طعن ٧١ق س٢ق) وبأنه " مفاد نص المادة ١/٢٣٨ من القانون المدني أن المشرع أقام قرينة قانونية على علم المتصرف إليه بغش

المدين إذا كان يعلم أن التصرف بسبب إعسار المدين أو يزيد في إعساره واستخلاص توفر هذا العلم من ظروف الدعوى هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع " (نقض ١٩٧٥/١٢/٨ س٢٦ ص١٥٨٠، ١٩٧٨/٥/٨ س٢٩ ص١١٨٥) وبأنه " إذا كانت محكمة الاستئناف قد استخلصت من وقائع الدعوى ما استدلت منه على إعسار المدين المتصرف وسوء نيته هو والمتصرف له وتواطئهما على الإضرار بالدائن ، ثم طابقت بين ما استخلصته من ذلك وبين المعامي القانونية لأركان الدعوى البوليصية وهى كون دين رافع الدعوى سابقا على التصرف المطلوب إبطاله وكون هذا التصرف أعسر المدين وكون المدين والمتصرف له سيء النية متوطئين على الإضرار بالدائن ثم قضت بعد ذلك بإبطاله التصرف ، فذلك حسبها ليكون حكمها سديدا مستوفى الأسباب " (نقض ١٩٣٦/٤/١٦ جـ١ ف٢٥ س٦٥٢) وبأنه " المقرر أن تقدير الدليل على التواطؤ والعلم بإعسار المدين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع دون معقب عليها متى أقامت قضاءها على اسباب سائغة وإذ كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه بعدم نفاذ البيع المحرر عنه العقد الابتدائي المؤرخ ١٩٥٢/١/٢٢ على ما استخلصه من مستندات المطعون ضده الأول وأقوال شهوده التي اطمأن إليها من أن تاريخ نشأة دينه سابق على التصرف المطعون فيه ، وبتوافر الغش لدى كل من الطاعنين ومورثهما المدين وعلمهما بإعسار الأخير وقت صدور التصرف لمعرفتهما بظروفه المالية لرابطة الزوجية التي تسمخ لهما بذلك ، وأن مورثهما لم يقصد من تصرفه سوى الإضرار بحقوق دائنه ، وإذ كان ما أورده الحكم في هذا الصدد سائغا وله أصل ثابت في الأوراق ويؤدي الى النتيجة التي انتهى إليها ، فإن ما تثيره الطاعنتان في هذين السببين لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير الدليل مما تستقل به محكمة المضوع وتنحسر عنه رقابة محكمة النقض " (الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٨) وبأنه " قضاء الحكم المطعون فيه بشهر إعسار الطاعن بصفته استنادا لمجرد قيام المطعون ضده باتخاذ إجراءات تنفيذ الحكم الصادر له ضد الطاعن الذي لم يثبت –كحارس قضائي على أموال نقابة المحامين – أن لدى النقابة أموالا كافية للوفاء بالدين دون استظهار أن ما تم الحجز عليه هو كل ما للطاعن بصفته من أموال أو إيراد الأسباب التي استند

عليها الحكم في عدم ثبوت كفاية أموال النقابة للوفاء بهذا الدين وكشف ما إذا كانت المحكمة قد تنبهت لظروف عامة أو خاصة صاحبته أثرت في حالته المالية . خطأ " (الطعن رقم ٣٥٦٣ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/٥/٢٨) وبأنه " لقاضي الموضوع السلطة التامة في استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير ما يثبت وما لا يثبته دون رقابة عليه من محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا " (نقض ١٩٧٦/١/٥ س٢٧ ص١٣٢ ، ١٩٣٣/١/١٩ جـ١ في ٢٥ سنة ٦٥٠) وبأنه " يكفي لاعتبار الغش متوافرا أن يثبت علم كل من المدين والمتصرف إليه بإعسار المدين وقت صدور التصرف المطعون فيه " (نقض ١٩٧٨/٥/٨ س٢٩ ص١١٨٥)

- **عدم اشترط الغش في التبرعات** :

لا يشترط غش المدين ولا سوء نية من تصرف له المدين إذا كان التصرف تبرعا ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ من التقنين المدني ، على ما يأتي : " أما إذا كان التصرف تبرعا ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ، ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا" ، ويتبين من هذا النص أن المدين إذا صدر منه تبرع ، كهبة مثلا ، فليس من الضروري أن يثبت الدائن غش المدين المتبرع أى علمه بإعساره ، ومن باب أولى ليس من الضروري أن يثبت علم الموهوب له بإعسار المدين ، بل يكفي للنجاح في الدعوى البليصية في حالة التبرع أن يثبت الدائن أن هذا التبرع قد سبب إعسار المدين أو زاد في إعساره ، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم ، وسواء كان الموهوب له يعلم هو أيضا أو لا يعلم ، ويبرر هذا الحكم أن الدائن يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع مدينه إذا بقى هذا التبرع قائما ، أما الموهوب له فلا يشكو إلا من فوات نفع عليه إذا أجزنا للدائن الطعن في التبرع ، والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن ينبغي نفعا ، فالأول أى الدائن هو الأجدر بالرعاية ، أما في المعاوضات فالمفاضلة بين الدائن والمشتري غيرها بين الدائن والموهوب له إذ المشتري إنما يتوقى ضررا كالدائن ، فقد دفع مقابلا للمدين ، فإن كان حسن النية وجب أن يفضل على الدائن مادام هذا لم يحتط لنفسه فيحصل على ضمان لاستيفاء حقه ، وإن كان المشتري سيء النية فضل عليه الدائن " . (السنهوري ص٩٢٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إن المادة ١٤٣ من القانون المدني واضحة في أن المشرع قصد أن يفرق في الحكم بين تصرفات المدين في أمواله بمقابل وما يصدر عنه بطريق التبرع . فإنه بدأ بذكر التصرفات عامة واشترط لإبطالها أن تكون قد صدرت بقصد إلحاق الضرر بالدائن أى بطريق الغش (en fraude de ses droits) ثم عاد فذكر التبرعات وحدها مكتفيا في إبطالها بثبوت وقوع الضرر عنها ، وهذه المادة واضحة كذلك في أن الغش الواقع من المدين وحده في المعاوضات لا يكفي لإبطال تصرفه ، بل يجب إثبات التواطؤ بينه وبين المتصرف له على الإضرار بالدائن ، لأن الغش من الجانبين هو من الأركان الواجب قيام الدعوى البوليصية عليها ، فالحكم الذي لا يأبه بعدم حصول التواطؤ بين المتعاقدين يكون حكما مخالفا للقانون متعينا نقضه " (الطعن رقم ٧٥ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٧)

- **تصرف الخلف في الشيء المنقول إليه من المدين لخلف آخر** :

إذا تصرف خلف المدين لخلف ثان تبرعا ، وكان خلف المدين قد تلقى الحق من المدين تبرعا أيضا ، فيقضي للدائن بعدم نفاذ تصرف المدين في حقه دون حاجة لإثبات غش من المدين أو علم الخلفين بإعساره ، بل يكفي أن يثبت أن هذا التصرف أدى الى إعسار المدين أو زاد في إعساره .

أما إذا كان الخلف الأول تلقى الحق من المدين معاوضة ، فيحب للقضاء بعدم نفاذ التصرف أن يثبت الدائن التواطؤ فيما بين هذا الخلف والمدين على نحو ما تقدم ، فإذا كان خلف المدين قد تصرف للخلف الثاني معاوضة ، وكان خلف المدين قد تلقى الحق من المدين تبرعا ، فلا يقضي للدائن بعدم نفاذ التصرف إلا إذا أثبت علم الخلف الثاني بإعسار المدين ، فإن انتفى هذا العلم توافر حسن النية وأصبح التصرف نافذا في حق الدائن وترفض دعواه .

أما إذا كان خلف المدين قد تصرف للخلف الثاني معاوضة ، وكان خلف المدين قد تلقى الحق من المدين معاوضة أيضا ، فيجب حتى يقضي للدائن بعدم نفاذ التصرف أن يثبت التواطؤ بين الأطراف الثلاثة ، فيثبت التواطؤ بين المدين والخلف الأول على نحو ما تقدم ليكون تصرفهما غير نافذ في حقه ثم ينتقل لجعل التصرف التالي غير نافاذ أيضا في حقه بإثبات أن الخلف الثاني كان سيء النية بأن

كان عالما بغش المدين وبعلم الخلف الأول بهذا الغش ، فإن عجز عن هذا الإثبات كان التصرف الصادر للخلف الثاني نافذا في حقه . (أنور طلبة ص٤٥٠)

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٣٨ مدني بقولها " إذا كان الخلف الذي انتقل إليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض الى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين وعلم الخلف الأول بهذا الغش إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعا " .

وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٣٨ من القانون المدني أن الخلف الذي تصرف له المدين بعقد معاوضة – إذا ما تصرف بدوره الى خلف آخر بعقد معاوضة ، فإن على الدائن الذي يطلب عدم نفاذ التصرف الأخير في حقه أن يثبت غش الخلف الثاني وألزمه القانون أن يثبت علم هذا الخلف الآخر بأمرين وقوع غش من المدين وهو أن التصرف منه ترتب عليه إعساره أو زيادة إعساره والثاني وهو علم الخلف الأول بغش المدين " (نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ س١٩ ص١٢٨٢)

- **الغش يبطل التصرفات** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " قاعدة (الغش يبطل التصرفات) هى قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون ، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية في محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره في المعاقدات والتصرفات والإجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات " (نقض ١٩٥٦/٢/٩ س٧ ص١٦٨)

- **الدعوى البوليصية في القانون التجاري** :

فقد قضت محكمة النقض بأن " متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى ببطلان البيع الصادر من المفلس الى الطاعن أقام قضاءه على أن مديونية المفلس نشأت قبل التصرف في العقار موضوع النزاع ، وأن المفلس اصطنع دفاتر خصيصا للتفليسة ، وأن محكمة الجنح أدانت الطاعن بالاشتراك مع المفلس في الإفلاس بالتدليس بزيادة ديونه وتحرير سندات صورية وأن المفلس أصبح معسرا بتصرفه ببيع العقار

للطاعن ، وأن مجموعة الدائنين لحقها الضرر من جراء هذا التصرف وأن ذمة المفلس كانت مشغولة بديون مستحقة عليه قبل التصرف ولم يسددها ، وأن المشتري كان على علم بإعسار البائع ولم يسجل العقد إلا بعد مضى ثمانية عشر شهرا من تاريخ توقيعه أى بعد ما أوهم المفلس دائنيه بتواطئه مع الطاعن بأنه يملك عقارا لم يتصرف فيه فتعاقدوا معه مقتنعين بملكيته ، فإن هذا الحكم يكون قد تناول أركان الدعوى البوليصية من حيث التواطؤ والإعسار والضرر وطبق المادة ٢٣٨ من قانون التجارة المختلط تطبيقا صحيحا لا قصور فيه " (نقض ١٩٥٣/١٠/١٥ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٥٢)

وتنص المادة ٢٣٩ مدني على أن" إذا ادعى الدائن اعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " .

- **إثبـــات الإعســـار** :

وقد وضع التقنين المدني الجديد قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين ، فإذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه ، كما تقول المادة ٢٣٩ وقد تقدم ذكرها ، إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون . (السنهوري ص٨٩٠)

سواء كانت حالة أو غير حالة ، فكل الديون التي تشغل ذمة المدين تعتبر مفقرة له يتوفر بها إعساره ، وللدائن إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات ، ويجب أن تصرح له المحكمة باستخراج المسندات الدالة على ذلك كلما كان هذا التصريح لازما لتقدم له الجهة الدائنة ما يدل على مديونية المدين لها ، كما له تقديم إقرارات من الدائنين ، ولما كانت تلك القرينة بسيطة ، كان للمدين نقضها بإثبات أنه له مالا يساوي قيمة هذه الديون أو زيد عليها ، ولما كانت العبرة في الدعوى البوليصية بالإعسار الفعلي ، أى بزيادة الديون عن الحقوق ، ومن ثم ينتفي شرط الإعسار إذا تمكن المدين من هذا الإثبات ودل على أمواله وكان يمكن للدائن التنفيذ عليها ، فإن أخفى بعضها ولم تكن أمواله الظاهرة تساوي ديونه على الأقل ، فإنه يكون معسرا ، ويجب أن يبقى الإعسار حتى رفع الدعوى البوليصية ، فإن تلقى ميراثا أو وصية مما أدى الى أن أصبحت أمواله تساوي ديونه أو تزيد ، انتفى عنه الإعسار . (أنور طلبة ص٤٥٧)

وتقدير ما إذا كان تصرف المدين قد سبب إعساره أو زاد فيه وما إذا كان الإعسار قائما الى وقت رفع الدعوى أم لا يخضع لقاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض .

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص في المادة ٢٣٩ من القانون المدني على أنه " إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها " ، يدل على أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تيسر على الدائن إثبات إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت ما في ذمته من ديون وعندئذ تقوم قرينة قابلة لإثبات العكس على أن المدين معسر وينتقل عبء الإثبات بفضل هذه القرينة الى المدين وعليه هو أن يثبت أنه غير معسر ، ويكون ذلك بإثبات أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها ، فإن لم يستطع إثبات ذلك اعتبر معسرا ، وإذا طولب المدين بإثبات أن له مالاً يساوي قيمة ديونه ، وجب عليه أن يدل على أموال ظاهرة لا يتعذر التنفيذ عليها وإلا اعتبر معسرا وتقدير ما إذا كان التصرف هو الذي سبب إعسار المدين أو زاد في الإعسار مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، مادام استخلاص محكمة الموضوع سائغا وله أصله الثابت في الأوراق " (الطعن رقم ٦١ لسنة ٤٩ق س٣٣ ص٥٠٨ جلسة ١٩٨٢/٥/١٣ ، الطعن رقم ١٢٧٣ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص١٢٧١ جلسة ١٩٨٣/٥/٢٣ ، الطعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٦ق س٣٠ ع٣ ص١٧١ جلسة ١٩٧٩/١٢/٦) وبأنه " عب إثبات إعسار المدين عند الطعن بالدعوى البوليصية يقع على عاتق الدائن " (نقض ١٩٣٦/١١/٩ جـ١ في ٢٥ سنة ص٢٩)

وتنص المادة ٢٤٠ مدني على أن" متى تقرر عدم نفاذ التصرف استيفاء من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضرارا بهم " .

- **آثار الدعوى البوليصية** :
- **انصراف أثر الدعوى لجميع الدائنين** :

إذا تعدد الدائنون ، وعلم أحدهم بتصرف المدين فأقام الدعوى البوليصية طالبا عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، وكان مستوفيا لشروط هذه الدعوى ، فصدر الحكم به بذلك ، فإن باقي الدائنين يستفيدون من هذا الحكم سواء تدخلوا في

الدعوى أم لم يتدخلوا ، ولا محل للاحتجاج بقاعدة نسبية الأحكام في هذا الصدد عملا بنص المادة ٢٤٠ سالفة البيان طالما أنهم كانوا مستوفيين شروط الدعوى البوليصية وكان التصرف الذي قضى بعدم نفاذه تاليا لحقوقهم ، فإن انفرد الدائن الذي استصدر الحكم باتخاذ إجراءات التنفيذ ، دون أن يشاركه غيره من الدائنين ، وتمكن بذلك من استرداد حقه ، فليس للدائنين الآخرين بعد ذلك الرجوع عليه مطالبين تقسيم ما خصه فيما بينهم قسمة غرماء ، أما إذا تنبه هؤلاء وتدخلوا في إجراءات التنفيذ ، كان لهم اقتسام حصيلة التنفيذ قسمة غرماء فلا يتقدم عليه دائن آخر إذا كان له حق عيني تبعي على العين التي تم التنفيذ عليها كما لو كان دائنا مرتهنا أو صاحب حق اختصاص أو امتياز ، فلا يستفيد من الدعوى البوليصية إلا الدائن الذي استوفى شروطها يستوي بعد ذلك أن يكون هو الذي رفعها أم تدخل فيها أو تدخل في إجراءات التنفيذ . فإذا رفضت دعوى الدائن الأول ، فأقام غيره دعوى مماثلة قضى فيها بعجم نفاذ التصرف ، استفاد منها باقي الدائنين بما فيهم الدائن الذي رفضن دعواه طالما كان مستوفيا لشروطها . (أنور طلبة ص٤٦٠)

ولا يجوز لدائني المتصرف إليه أن يشاركوا دائني المتصرف في هذا التنفيذ ، فليس لدائني المتصرف إليه من الحقوق أكثر مما للمتصرف إليه نفسه ، ولما كان التصرف غير نافذ ، فإن المال لا يعتبر مملوكا للمتصرف إليه ، وبالتالي فلا يدخل في ضمان دائنيه ، غير أنه إذا كان محل التصرف مبلغا من النقود سلم الى المتصرف إليه ، أو دينا أبرئ منه ، فلا مناص من أن يخضع دائنو المتصرف ، في تنفيذهم على أموال المتصرف إليه للحصول على المبلغ المستحق عليه ، لقسمة الغرماء بالاشتراك مع دائني المتصرف إليه ، إذ أن دائني المتصرف في هذه الحالة لا يطالبون بشئ معين بالذات ، وإنما هم ينفذون بالمبلغ المستحق على كافة أموال المتصرف إليه وهى ضمان دائنيه ، وإذا كان التصرف يتضمن إنشاء التزام جديد في ذمة المدين ، كقرض أو شراء فإن المقرض أو البائع لا يعتبر دائما بالنسبة للدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل التصرف ، فلا يستطيع أن يشاركهم التنفيذ على أموال المدين ، وإذا كان المدين وفى له بالتزامه وجب عليه رد ما تسلمه . (عزمي البكري ص٩٣٠)

ويترتب على نفاذ التصرف في حق الدائنين أن تمنع عليهم الاستفادة من ذلك التصرف ، فإذا كان التصرف شراء وحكم بعدم نفاذه في حق الدائنين فلا يجوز لهم التنفيذ على العين المشتراه ، وإذا كان التصرف بيعا ولم يدفع المشتري الثمن بعد فلا يجوز للدائنين مطالبته به ، وإذا كان قد دفعه واستفاد منه الدائنون بأن أوفى المدين به بعض ما عليه من ديون ، وجب عند التنفيذ على العين المبيعة بوصفها لازالت في ملك البائع ، أن يقتطع من الثمن الذي يرسو به المزاد مبلغ يعادل ما استفاده الدائنون ، ويكون هذا المبلغ من حق المشتري لا يجوز للدائنين فائدة أصلا ، بأن كان الثمن الذي قبضه المدين غير ظاهر لا يستطيع الدائنون التنفيذ عليه كما هو الغالب في الدعوى البوليصية ، كان للدائنين أن ينفذوا بحقوقهم على العين المبيعة بكل قيمتها . (إسماعيل غانم ص١٨٥ ، سليمان مرقص ص٢٤٥ ، علي عمران ص١٠٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الدعوى البوليصية ليست دعوى بطلان بل في حقيقتها دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين المعسر إضرارا بدائنه ، وهى بذلك تتضمن إقرارا بجدية تصرف المدين فلا يسوغ أن يطلب فيها إلغاء هذا التصرف ولا يمس الحكم الصادر فيها صحته بل يظل هذا التصرف صحيحا قائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره ، ولا يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود ملكية العين المتصرف فيها الى المدين ، وإنما ترجع فقط الى الضمان العام للدائنين ، أما دعوى الصورية فتقوم على طلب بطلان التصرف لعدم جديته ويستهدف منها المدعى محو العقد الظاهر وإزالة كل أثر له وصلا الى التقرير بأن العين محل التصرف لم تخرج من ملك المدين " (الطعن رقم ٧٢٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٥٤٩ جلسة ١٩٨١/٥/٢٠ ، الطعن رقم ٣٩٢ لسنة ٣٧ق س٢٣ ص١١٠٥ جلسة ١٩٧٢/٦/١٣ ، الطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٣٦ق س٢٢ ص٢٢٨ جلسة ١٩٧١/١٢/٢٥) وبأنه " ليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود ، بل هى دعوى شخصية لا يطالب الدائن بحق عيني ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو الى مدينه ، بل أنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائنين ضمن وسائل الضمان دون أن تترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين ، وإنما ترجع العين فقط الى الضمان العام للدائنين " (نقض ١٩٧٢/٦/١٣ س٢٣ ص١١٠٥)

- **لا يجوز للمتصرف إليه مشاركة الدائنين في التنفيذ** :

فقـد قضـت محكمـة الـنقض بـأن " إذا كان طلب عدم نفاذ التصرف (الدعوى البوليصية) منصبا على التصرف بأكمله قرضا ورهنا –كان المدين اقترض ورهن عينا ضـمانا لهـذا القـرض – باعتبـاره تصـرفا أجـراه المـدين إضـرارا بالـدائنين وأجابـت المحكمة الدائن الى طلبه ، فإن قضائها في هذا الخصوص – فضلا عما يترتب عليه من إدخال الحق المتصرف فيه في الضمان العام للدائنين – من شأنه إخراج الدائن الذي تواطأ مع المدين إضرارا بباقي الدائنين من مجموع هؤلاء الدائنين فلا يشترك معهم في حصيلة الحق المتصرف فيه عند التنفيذ عليه وليس له أن يقتضي ماله من دين في ذمة مدينه إلا مما عسى أن يبقى من هذه الحصيلة بعد التنفيذ . (نقض ١٩٦٥/٦/١٠ س١٦ ص٧٢٤)

- **بقاء التصرف قائماً صحيحاً بين المتعاقدين** :

يبقى التصرف قائما صحيحا بين المتعاقدين إذ أن الدعوى ليست دعوى بطلان أو إبطال لأن البطلان لا يكون إلا جزاء عدم توافر أركان العقد أو نقص أحد شروط صحته ، فإذا كان التصرف بيعا ظلت العين مملوكة للمشتري بحيث إذا بقى منها أو من ثمنها شيء بعد استيفاء دائني البائع حقوقهم السابقة على البيع ،كان الباقي من حق المشتري دون البائع ، وإذا كان التصرف منشئا لالتزام في ذمة المدين بقى قائما فيجب عليه الوفاء به . (غانم بند ٧٩)

غير أن عدم نفاذ التصرف قح يؤثر في علاقة طرفيه فإذا كان التصرف فيها كان مـن حـق المشـتري الرجـوع علـى البـائع بضـمان الاسـتحقاق أو طلـب الفسـخ . (السنهوري بندى ٦٠٥ و٦٠٦ ، غانم بند ٧٩ ، جمال زكي بند ٣٦٤ ، مرقص بند ٦٩٢ ، محمد كمال عبد العزيز ص٨٧٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن " الدعوى البوليصية ليست في حقيقتها – وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض – إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين ، بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما " (نقض ١٩٧٢/٦/١٣ س٢٣ ص١١٠٥) وبأنـه " ويكـون مـن حـق المشـتري الـذي لـم يسجل عقده بوصفه دائنا بالثمن التنفيذ عليها جبرا استيفاء لدينه وليس من شأن هذا التنفيـذ أن يعـود هـذا المشـتري الـى بعـث عقـده الابتـدائي ومطالبتـه الحكـم بصـحته ونفـاذه لأن الملكيـة تكـون قـد انتقلـت بالتسـجيل الـى المشـتري الـذي سـجل عقـده محملة بحق المشتري الذي لم يسجل بوصفه دائنا للبائع وليس للدائن في مقام

التنفيذ بدينه أن يطالب بملكية العقار الذي أجرى عليه التنفيذ " (نقض ١٩٥٥/٦/٢ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٥٢) وبأنه " الدعوى البوليصية ليست في حقيقتها – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – إلا دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين إضرارا بدائنه ، ولا يمس الحكم الصادر فيها صحة العقد الصادر من المدين بل يظل هذا العقد صحيحا وقائما بين عاقديه منتجا كافة آثاره القانونية بينهما ، وليس من شأن الدعوى البوليصية المفاضلة بين العقود ، بل هي دعوى شخصية لا يطالب فيها الدائن بحق عيني ، ولا يؤول بمقتضاها الحق العيني إليه أو الى مدينه ، بل إنها تدخل ضمن ما يكفل به القانون حقوق الدائن ضمن وسائل الضمان ، دون أن يترتب على الحكم فيها لصالح الدائن أن تعود الملكية الى المدين وإنما رجوع العين فقط الى الضمان العام للدائن " (نقض ١٩٨٣/١١/٣٠ طعن ٧٣٤ س٤٩ق ، نقض ١٩٩١/٦/١٩ طعن ١٠٦٠ ص٥٥ق)

- **حق الدائن في المطالبة بالتعويض** :

للدائن ، فضلا عن طلب عدم نفاذ التصرف في حقه ، أن يطالب بإلزام كل من المدين والمتصرف إليه وخلف الأخير بتعويضه عما أصابه من ضرر بسبب هذا التصرف وفقا للقواعد العامة متى توافر التواطؤ بينهم ويكونون متضامنين باعتبار أن مسئوليتهم تقصيرية . (أنور طلبة ص٤٥٠)

كما تنص المادة ٢٤١ مدني على أن" إذا كان من تلقى حقاً من المدين المعسر لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة " .

- **عدم دفع المتصرف إليه من المدين المعسر ثمن الحق** :

للمدين أن يوفى الدين وحينئذ تنقضي الدعوى أو يوقف تنفيذ الحكم الصادر فيها بعدم نفاذ تصرفه ، وقد يقوم المتصرف له بهذا الوفاء ويكون له الرجوع بعد ذلك على المدين ، إن كان قد وفى الثمن .

أما إذا كان الثمن لم يزل في ذمة المتصرف له ، فإنه يستطيع أن يتخلص من الدعوى إذا كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزانة المحكمة ، وينفذ هذا الوفاء بالنسبة لباقي الدائنين ، ويكون لهم مشاركة الدائن رافع الدعوى في التنفيذ على الثمن فيقتسموه قسمة غرماء ، أما أن لم يقم المدين أو المتصرف له بالوفاء ، استمر الدائن في دعواه حتى يحصل على حكم بعدم نفاذ تصرف المدين فتعود العين إلى الضمان العام وينفذ الدائن عليها متى كان التصرف معاوضة وتوافرت

شروط الدعوى البوليصية على نحو ما سلف ، وللدائن المطالبة بالتعويض بالإضافة إلى عدم نفاذ التصرف متى أصابه ضرر من التصرف . (أنور طلبة ص٤٦٤)

وتنص المادة ٢٤٢ مدني على أن" إذا لم يقصد إلا تفضيل دائن على آخر دون حق فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة.

وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلاً للوفاء ، فلا يسري هذا الوفاء في حق الدائنين ، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفي حقه " .

- **ترتيب المدين لأحد دائنيه دون حق سبب من أسباب التقدم** :

الأصل أن كل الدائنين العاديين سواء ، ولكن قد يمنح المدين أحد الدائنين ضمانا خاصا ، فيرتب له رهنا رسميا أو حيازيا دون أن يكون لهذا الدائن حق في ذلك مما يجعله يتقدم في التنفيذ بحقه على سائر الدائنين ، وحينئذ ، يعتبر هذا الضمان تصرفا مفقرا للمدين مما يخول الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، وجب التميز في هذه الحالة بين فرضين : فقد يكون الدائن حصل من المدين على هذا الضمان الخاص بغير مقابل ، وقد يكون أدى للمدين مقابلا له ، ففي الفرض الأول يكون التصرف تبرعا ، ولا يشترط في جواز الطعن فيه بالدعوى البوليصية غش الدائن الذي حصل على الضمان الخاص ، بل ولا غش المدين الذي أعطى هذا الضمان ، أما في الفرض الثاني ، إذا أدى الدائن مقابلا للضمان الذي حصل عليه ، كأن مد في أجل الدين أو أعطى المدين أجلا جديدا أو حط جزءا من المدين ، فإن التصرف يكون معاوضة .

ويشترط إذن في جواز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، إثبات غش كل من المدين والدائن ، أى إثبات أنهما قصد من هذا الضمان أن يتقدم الدائن دون حق على سائر الدائنين ، وفي الفرضين ، إذا نجح الطعن في التصرف ، اعتبر الضمان الخاص الذي حصل عليه الدائن غير نافذ في حق سائر الدائنين ، وفقد الدائن ميزة التقدم التي كان يسعى إليه من غير حق . (إسماعيل غانم ص١٥٤)

وكان استيفاء أحد الدائنين حقه من الدين ، وفي عهد التقنين المدني السابق ، لا يستخلص منه تواطؤ هذا الدائن مع المدين للإضرار بحقوق الدائنين الآخرين ، حتى لو علم الدائن الذي استوفى حقه بغش المدين ، فإن علمه هذا الغش ليس بدليل على أنه متواطئ معه ، إذ هو دائن يستوفى حقه ، فهو يسعى الى غرض مشروع ، أما إذا كان الدين الذي وفاه المدين مؤجلا ، وعجل المدين الوفاء به

متناولا عن الأجل ، فكان يجوز الطعن بالدعوى البوليصية في الوفاء إذا ثبت تواطؤ المدين مع الدائن الذي استوفى حقه قبل حلول الأجل ، وقد أورد التقنين المدني الجديد نصا صريحا في هذه المسألة عدل من هذه الأحكام إذا قضت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٢ بأن "إذا وفى المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء ، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين ، وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء ، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل ، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفى حقه " .

ويخلص من هذا النص أن كل وفاء قبل حلول الأجل يجوز الطعن فيه بالدعوى البوليصية ، ويعتبر التصرف هذا تبرعا ، فلا يشترط ، خلافا لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق ، لا غش المدين الذي عجل الوفاء ولا تواطؤ الدائن الذي تعجله ، أما الوفاء عند حلول الأجل فيعتبر معاوضة ، لأن الدائن إنما استوفى حقه عند حلول أجله فلم يتبرع له المدين بشيء ، ويجوز الطعن في هذا الوفاء بالدعوى البوليصية ، خلافا لما كان عليه الأمر في عهد التقنين المدني السابق حيث كان هذا الطعن غير جائز ، ولكن يشترط للطعن في الوفاء عند حلول الأجل ما يشترط في المعاوضات ، فيحب إثبات غش المدين الذي وفى بدينه وتواطؤ الدائن الذي استوفى حقه . (السنهوري ص٩٠٤ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " إن طلب إبطال التصرف الحاصل من المدين عملا بالمادة ١٤٣ من القانون المدني يقتضي أن يثبت الدائن تواطؤ مدينه مع من تصرف إليه ، وأن يكون التصرف ذاته قد أدى الى إعسار المدين بحيث لم يعد لديه ما يوفي بحق الدائن المدعى ، هذا هو حكم القانون على إطلاقه ، إلا أنه يجب أن يلاحظ في تطبيقه أن لمن يكون له دين ثابت ، الحق في أن يقتضي دينه من غريمه غير التاجر في أى وقت شاء وأن يتفق معه على طريقة الوفاء ، سواء أكان ذلك عينا أم بمقابل ، ولا يؤثر في ذلك علم هذا الدائن لما لغيره من دين ، يل إذا كان هناك مطعن فلا سبيل لتوجيهه إلا الى الحق الذي اتخذ أساس للاتفاق أو الى المحاباة التي قد تقع فيه ، فإن كان المشتري قد تمسك بأن البيع الصادر إليه إنما كان تسوية لمعاملات سابقة بينه وبين البائع مستندا في ذلك الى عقود مسجلة وإلى مستندات أخرى قدمها لتأييد دعواه ، فلم تتناول المحكمة هذه الأوراق بالبحث والتمحيص لكى تقول كلمتها فيها ، بل استخلصت من مجرد علم المشتري بدين غيره على مدينه دليلا على تواطؤه مع البائع ، وحكمت في الدعوى على هذا الأساس فإن

حكمها يكون مشوبا بالقصور في أسبابه " (نقض ١٩٤٣/٤/١ جـ١ في ٢٥ سنة ص٦٥٠)

وتنص المادة ٢٤٣ مدني على أن" تسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه " .

- **سقوط الدعوى البوليصية بالتقادم** :

لم يكن هناك نص خاص في التقنين المدني السابق في صدد تقادم الدعوى البوليصية ، لذلك لم يكن هناك خلاف في تقادم هذه الدعوى بخمس عشرة سنة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى التي لم يرد في أمر تقادمها نص خاص ، وكانت المدة تسري من وقت صدور التصرف من المدين لا من وقت علم الدائن بالتصرف ، لأن سبب الدعوى قد وجد منذ صدور التصرف . (السنهوري ص٩٣٠)

أما التقنين المدني الجديد فقد نص صراحة على سقوط الدعوى البوليصية بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف فقد نص في المادة ٢٤٣ منه على أنه " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه ، ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد جعل مدة تقادم الدعوى البوليصية معادلة لمدة تقادم دعاوى البطلان والدعاوى الناشئة عن العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ثلاث سنوات والعلة في النص على مدة ثلاث سنوات هى أن الدعوى البوليصية كدعوى الإبطال تجعل مصير التصرف مهدداً فلم ير المشرع أن يترك الأمر الى القاعدة العامة في التقادم الطويل وحدها ، وتسري مدة الثلاث سنوات من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، لأن الدائن قد يعلم بصدور التصرف ، ولكن لا يعلم بالأسباب التي تستتبع عدم نفاذه في حقه ، فيجب إذن ، لسريان هذه المدة القصيرة ، أن يعلم الدئن ، لا بصدور التصرف المطعون فيه من مدينه فحسب بل يعلم أيضا بإعسار مدينه وبالغش الواقع من هذا المدين ومن خلفه إن كان هناك موجب لذلك ، وفقا للقواعد التي سبق ذكرها ، وعلى ذلك فإن لم يتحقق علم الدائن بالغش الصادر من الأخير إلا بعد انقضاء خمس سنوات على صدور التصرف ، فلاي بدأ سريان التقادم الثلاثي إلا ابتداء من هذا الوقت ، فيجب لسريان التقادم الثلاثي أن تلتقي شروط الدعوى البوليصية بعلم الدائن ويبدأ التقادم من الوقت الذي

يتحقق فيه هذا الالتقاء ، ويتحمل الدائن عبء إثبات ذلك ، وللمدين والمتصرف إليه إثبات أن الدائن علم بأسباب عدم النفاذ منذ أكثر من ثلاث سنوات سابقة على رفع الدعوى ، ويكون إثبات ذلك بكافة الطرق باعتبار العلم واقعة مادية .

ويترتب على عدم سريان تقادم الدعوى البوليصية إلا من وقت علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف أنها تسقط بالنسبة لكل دائن على حدة بمضى ثلاث سنوات من اليوم الذي يلم فيه بالتصرف وبسبب عدم نفاذه في حقه ، فقد يعلم الدائن بالتصرف ولا يعلم أن من شأنه أن يسبب إعسار المدين أو أنه منطو على غش إن كان معاوضة ، فلا تبدأ مدة ثلاث السنوات إلا من وقت علمه بذلك ، ويترتب على ذلك أن الدعوى قد تتقادم بالنسبة لدائن دون آخر ، فإذا كانت مدة التقادم قد استكملت بالنسبة لأحد الدائنين فرفع دائن آخر الدعوى البوليصية وحكم بعدم نفاذ التصرف ، فإنه يجوز للدائنين الآخرين أن يتمسكوا بالتقادم لاستبعاد الدائن الذي استكملت بالنسبة له مدة ثلاث السنوات من وقت رفع الدعوى من مشاركتهم ف التنفيذ على المال محل التصرف ، كما يجوز ذلك بالأولى للمتصرف إليه ودائنيه . (إسماعيل غانم ص١٩٥)

كما أنها تسقط في جميع الأحوال ، وبالنسبة لجميع الدائنين ، بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ، ولو لم يعلم الدائن بالتصرف أو بسبب عدم نفاذه إلا في وقت متأخر ، ومعلوم أن الدفع بالتقادم لا يتعلق بالنظام العام ويجب التمسك به ، إلا أنه لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض كما يجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا . (عزمي البكري ص٩٤٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن " لما كان للدائنين الحق في إقامة دعاوى البطلان المنصوص عليها في المواد ٢٢٧ من قانون التجارة وما بعدها أو استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في المواد ٢٣٧ من القانون المدني وما بعدها بالنسبة لتصرفات المدين المفلس وكان مفاد المادة ٢٤٣ من القانون الأخير أن العلم الذي يبدأ منه سريان التقادم الثلاثي في دعوى عدم نفاذ التصرف هو علم الدائن بصدور التصرف المطعون فيه وأن على من يتمسك بذلك التقادم أن يبين الدليل على قيام هذا العمل وتاريخه حتى تبدأ منه التقادم " (نقض ١٩٩٢/٧/١٣ طعن ١٦٢٢ س٥٢ق) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني أن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين الأولى وثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوي عليه من غش إذا كان من المعاوضات ،

والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثي المشار إليه أن يبين علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم " (نقض ١٩٧٩/١٢/٦ طعن ٤١٣ س٤٦ق) وبأنه " إذ تنص المادة ٢٤٣ من القانون المدني على أنه " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه ، فإن العلم الذي يبدأ سريان التقادم الثلاثي في دعوى عدم نفاذ التصرف هو علم الدائن بصدور التصرف المطعون فيه وبإعسار المدين والغش الواقع منه ، واستظهار هذا العلم هو من قبيل فهم الواقع في الدعوى الذي تستقل به محكمة الموضوع ولا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض متى كان تحصيلها سائغا ، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يعتد في سريان بدء التقادم بعلم المطعون عليها الأولى بالطلب المقدن عن الرهن – المطلوب الحكم بعدم نفاذع – الى الشهر العقاري في ١٩٦١/٨/١٢ وباستلام الطاعن – الدائن المرتهن – للعقارين المرهونين في ١٩٦١/١٠/١ وتحويل عقود الإيجار إليه ، وإنما اعتد في هذا الخصوص بعقد الرهن الحيازي المشهر في ١٩٦٥/٣/٢١ واستند الحكم فيما حصله الى اعتبارات سائغة لها أصلها الثابت في الأوراق . لما كان ذلك ، فإن ما يثيره الطاعن لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا في تقدير محكمة الموضوع للأدلة وهو ما يجوز قبوله أمام محكمة النقض " (نقض ١٩٧٧/١/١١ طعن ٦٣٦ س٤٢ق) وبأنه " إذ لم يتمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بسقوط الدعوى البوليصية بالتقادم الثلاثي المنصوص عليه في المادة ٢٤٣ من القانون المدني ، فإنه لا يجوز له التحدي بهذا التقادم لأول مرة أم محكمة النقض" (نقض ١٩٦٨/٢/٢٩ س١٩ ص٤٦٠) وبأنه " مفاد نص المادة ٢٤٣ من القانون المدني أن الدعوى البوليصية تسقط بأقصر المدتين الأولى وثلاث سنوات تبدأ من تاريخ علم الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه لأن الدائن قد يعلم بالتصرف ولا يعلم بما يسببه من إعسار للمدين أو بما ينطوي عليه من غش إذا كان من المعاوضات ، والثانية خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ومن ثم فإنه على من يتمسك بالتقادم الثلاثي المشار إليه أن يبين علم الدائنين بسبب عدم نفاذ التصرف وتاريخ هذا العلم لتبدأ منه مدة ذلك التقادم " (نقض ١٩٧٠/١٢/٦ طعن ٤١٣ ص٤٦ق)

أحكام بيع العروض وغيـــرها

من المنقـــولات

أحكام بيع العروض وغيرها من المنقولات

تنص المادة ٤٦١ من القانون المدني على أن" في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق علي ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلي أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق علي غيره ".

- **حكم بيع العروض وغيرها من المنقولات** :

تنص المادة ٤٦١ من التقنين المدني علي أنه"في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق علي ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلي أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ما لم يوجد اتفاق غيره وفي هذا الحكم خروج علي ما تنص به القواعد العامة في الفسخ فالأصل أن الفسخ لا يقع إلا بحكم قضائي، اللهم إلا إذا اتفق المتعاقدان علي اعتبار البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلي حكم.

ولكن المشروع قد أورد في صدد عقد البيع حكما خاصا بفسخ البيع في حالة بيع المنقول، حيث يصير العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، متى توافرت شروط معينة، والعقد يصير مفسوخا في هذه الحالة الخاصة بحكم القانون، دون شرط فاسخ، ودون توقف علي أعذار أو حكم يصدر من القضاء. إذ للبائع هنا أن يتمسك باعتبار العقد مفسوخا بقوة القانون عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن عند حلول الميعاد المحدد لدفع الثمن وتسلم المبيع. (توفيق حسن فرج ص٥٧٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٤٦١ من القانون المدني علي أنه "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق علي ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلي أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق علي غيره" فقد دلت علي أن المشرع قد خرج بحكمها علي القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد الأعذار وبحكم من القاضي ما لم يوجد اتفاق صريح علي الإعفاء من ذلك، واشترط لإعمال هذا النص الاستثنائي أن يكون المبيع من العروض وغيرها من المنقولات وأن يكون كل من المبيع والثمن محددا كافيا ومعلوما للمشتري عند

التعاقد وأن يتخلف المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه لتسلم المبيع ودفع الثمن وأن يختار البائع التمسك بانفساخ عقد البيع" (الطعن رقم ٤٦ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/١٢/٣١)

- **شروط تطبيق حكم المادة**:

يشترط لتطبيق الحكم الوارد بالمادة توافر الشروط الآتية:

(١) **أن يكون المبيع منقولا**: ويستوي في ذلك أن يكون المنقول ماديا أو معنويا كالأسهم والسندات، وأما إذا كان المبيع عقارا فلا مجال لإعمال الحكم الوارد في المادة ٤٦١ مدني، وذلك لانتفاء العلة التي تقرر هذا الحكم بسببها، فلا ضرر على البائع إذا أراد الفسخ من اللجوء إلي القضاء والحصول على حكم به.

وقد قضت محكمة النقض بأن "ولئن كانت ملكية الأسهم تنتقل من البائع إلي المشتري بمجرد الاتفاق بينهما علي ذلك مادامت الأسهم المبيعة تتعين بالذات طبقا للمادة ٢٠٤ من القانون المدني التي تنص علي أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذ كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، وكانت المادة ٣٩ من قانون التجارة حين استلزمت قيد الأسهم الاسمية في دفاتر الشركة قد استهدفت من ذلك فرض قيد علي حرية تداولها وجعلت من هذا القيد مناطا لإثبات ملكيتها والتنازل عنها إلا أن النص في المادة ٤٦١ من القانون المدني علي أنه "في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق علي ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخا دون حاجة إلي أعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك، وهذا ما لم يوجد اتفاق علي ميعاد لدفع الثمن وتسلك المبيع ولم يدفع المشتري الثمن في الميعاد فإنه يجوز للبائع أن يعتبر العقد مفسوخا بدون حاجة إلي أعذار أو حكم من القضاء، فيقع الفسخ بنص القانون ويكون البائع بمجرد عدم دفع الثمن في حل من أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه، ويحق له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى إذ ورد هذا النص بصيغة عامة تدل علي أن حكمه مطلق، ومن ثم فينصرف إلي البيع سواء كان مدنيا أو تجاريا" (الطعن رقم ٢٢٢٩ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨١/٥/٤).

(٢) **أن يكون متفقا علي ميعاد دفع الـثمن وتسـلم المبيـع**: يشترط كذلك لتطبيق حكم المادة أن يكون بين الطرفين اتفاق علي ميعاد دفع الثمن والتسلم، أي يكون البيع مؤجلا والاتفاق هنا يكون علي ميعاد واحد للدفع والتسلم معا. ويلحق بهذه الحالة حالة الاتفاق علي ميعاد التسلم فقط دون تحديد لميعاد الدفع، حيث يكون الثمن واجب الدفع عند التسليم، حيث تقضي المادة ١/٤٥٧ بأن الثمن يكون مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. فإذا لم يتفق علي ميعاد علي النحو السابق، لا يسري نص المادة ٤٦١، إذ يكون البيع غير مؤجل، وبالتالي يصير من المتعين أداء الثمن وتسلم المبيع في الحال، وإلا طبقت القواعد العامة في الفسخ وكذلك يكون الحكم إذا اتفق علي ميعاد لدفع الثمن فقط، دون تحديد ميعاد للتسلم، إذ يكون التسليم واجبا في الحال، فور البيع كما لا يسري النص كذلك في ما إذا حدد ميعاد لدفع الثمن، وميعاد غيره لتسلم المبيع. وعلي ذلك فإن النص لا ينطبق إلا حيث يتحدد ميعاد للدفع والتسلم معا، وإلا طبقت القواعد العامة في الفسخ، نظرا لأن نص المادة ٤٦١ نص استثنائي لا ينطبق إلا إذا توافرت شروطه (توفيق حسن فرج ص٥٧٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن المادة ٣٣٥ من القانون المدني لم تتعرض إلا للحالة التي يكون فيها التقصير من جانب المشتري فإن نصها هو: "إذا اتفق علي ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع يكون البيع مفسوخا حتما إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج للتنبيه الرسمي". وإذا لوحظ أن هذه المادة جاءت استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبيه الرسمي تعين القول بأنه لا يصح تطبيقها إلا في حدود نصها، أي في حالة تحديد أجل ليدفع المشتري الثمن ويتسلم المبيع. أما إذا كان الأجل محددا لحصول البائع علي المبيع وتسليمه للمشتري ففي هذه الصورة لا يعفي البائع من واجب التنبيه رسميا علي المشتري بالتسلم والوفاء" (الطعن رقم ٦٢ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٤/١/١٣).

(٣) **أن يتأخر المشـتري في الوفـاء بـالثمن عـن ميعـاده**: ويجب أخيرا لإعمال الحكم المنصوص عليه في المادة ٤٦١ مدني أن يتأخر المشتري في دفع الثمن وأن يكون هذا التأخير بتقصير منه. وأما إذا كان تأخر المشتري في الوفاء مرده استعمال ما له من حق في حبس الثمن إذا وقع عليه تعرض أو إذا خيف أن ينزع المبيع من تحت يده أو لأي سبب آخر من أسباب الحبس، فلا يكون للبائع أن

يعتبر العقد مفسوخا، فالمشتري غير مخل بالتزامه. ومتى توافرت الشروط السابقة، كان للبائع وحده أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، بدون حاجة إلي تنبيه أو أعذار فيقع الفسخ بقوة القانون، ويكون البائع بمجرد عدم دفع المشتري الثمن في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه. غير أن هذا الحكم مقرر لمصلحة البائع، ومن ثم يجوز له أن يعتبر العقد قائما ويباشر إجراءات التنفيذ لاستيفاء ما هو مستحق له من ثمن. أما المشتري فلا يجوز له أن يتمسك باعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، إذ أن الفرض أنه هو المقصر فلا يجوز له أن يستفيد من تقصيره. ولذلك إذا لم يقم البائع بالتزامه بالتسليم، فلا يجوز للمشتري اعتبار العقد مفسوخا وإنما تطبق في هذه الحالة القواعد العامة في الفسخ (عزمي البكري ص٧٢٨)، ولما كانت القواعد التي تضمنتها المادة ٤٦١ غير متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق علي ما يخالفا، كما لو تضمن العقد عدم انفساخه إذا تأخر المشتري عن الوفاء بالثمن في الميعاد المحدد إلا بعد أعذاره، أو تضمن أنه في حالة عدم الوفاء في الميعاد، يكون الوفاء خلال مدة أخرى يتم الاتفاق عليها بالعقد، وفي كل هذه الحالات لا يلتزم البائع بتسليم المبيع، استنادا لحقه في الحبس المقرر له عند عدم تطبيق المادة ٤٦١ سالفة البيان (أنور طلبه ص٦٩٥).

وتنص المادة ٤٦٢ مدني على أن" نفقات عقد البيع ورسوم "الدمغة" والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون علي المشتري ما لم يوجد اتفق أو عرف يقضي بغير ذلك " .

- **ثانيا : الالتزام بنفقات البيع**

تنص المادة ٤٦٢ مدني علي أنه نفقات عقد البيع "الدمغة والتسجيل" وغير ذلك من مصروفات تكون علي المشتري ما لم يوجد اتفق أو عرف يقضي بغير ذلك. يبين من نص هذه المادة أن المشتري هو الذي يتحمل نفقات عقد البيع وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ويشمل هذه النفقات نفقات كتابة عقد البيع سواء كتب في ورقة رسمية أو ورقة عرفية حيث يتحمل المشتري رسوم الدمغة إن وجدت وأتعاب المحامي الذي قام بإعداد العقد وتسجيله ومصروفات الكشف عن العقار بمكاتب الشهر العقاري كما تدخل رسوم التسجيل وتقدر وفقا لقانون الرسوم، وقيد امتياز البائع وشطب هذا القيد بعد دفع الثمن، لكن إذا كان علي المبيع رهن أو حق عيني آخر ترتب من جهة البائع، فإن مصروفات شطب القيود الشاهرة لهذه

الحقوق العينية تكون علي البائع لا علي المشتري إلا إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك.
أما السمسرة فقد قدمنا أن العرف قد جرى علي أن تكون مناصفة فيما بيت البائع والمشتري، وقد جرى العرف أيضا علي أن يأخذ السمسار ٢.٥% من الثمن من كل من البائع والمشتري إلا إذا كان هناك اتفاق علي غير ذلك، فكل من المتبايعين يدفع نصيبه من السمسرة مباشرة إلي السمسار . (السنهوري ص٦٩٦)

أما عن مصاريف تطهير العقار المبيع من الرهون المقيدة عليه فهي ليست من نفقات البيع ومن ثم فهي لا تجب علي المشتري إنما يحملها البائع وذلك لأن البائع ملزم بضمان تمتع المشتري بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . (عبد المنعم البدراوي ص٥٦٥-السنهوري ص٨٤٤-محمد لبيب شنب ص٢٥٥)

- **رجوع البائع بما أنفقه من مصاريف علي المشتري** :

إذا كان البائع قد قام بمصروفات البيع أو ببعضها. مثل ذلك أن يقوم بكتابة عقد البيع فيدفع "الدمغة" ونحوها أو رسوم الورقة الرسمية. ومثل ذلك أيضا أن يدفع أتعاب المحامي أو كل السمسرة أو مصروفات قيد امتيازه علي العقار المبيع أو نحو ذلك. ففي هذه الحالات يرجع البائع علي المشتري بما دفعه من هذه المصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف. وللبائع في رجوعه علي المشتري بما دفعه من مصروفات البيع، كل الضمانات التي له في الرجوع عليه بالثمن. فيستطيع أن يحبس المبيع، وأن يطلب فسخ البيع، إذا لم يسترد هذه المصروفات من المشتري. وله حق امتياز علي المبيع يكفل له استرداد هذه المصروفات. والظاهر أيضا أنه يرجع علي المشتري بالفوائد القانونية لما دفعه من مصروفات البيع من وقت دفعها، علي أساس أنه وكيل عن المشتري في دفع هذه المصروفات، والوكيل يرجع علي الموكل بما أنفقه مع الفوائد من وقت الاتفاق (م٧١٠ مدني) . (السنهوري ص٦٩٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن أحكام قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ والقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق علي الإمضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه، ولما كان المشتري هو الملزم بداهة بدفع هذه الرسوم فإنه هو الذي يكون عليه تجهيز العقد بناء علي البيانات التي يحصل عليها سواء من البائع أو من الأوراق، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلي قلم الكتاب لإمضاء العقد. وإذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزما بتجهيز العقد وتقديمه للمشتري لإمضائه، خصوصا إذا كان العقد الابتدائي

صريحا في أن البائع غير ملزم إلا بإمضاء العقد النهائي وكان المشتري لم يطلب من البائع في الإنذار الذي وجهه إليه إلا الحضور إلي قسم المساحة لتحرير العقد النهائي" (الطعن رقم ٤٨ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/٥/٢٨)، وبأنه "تقرير ما إذا كان عقد الصفقة قد أبرم نتيجة لجهود ومسعى السمسار مسألة موضعية تقدرها محكمة الموضوع علي ضوء ظروف الدعوى المطروحة عليها" (الطعن رقم ٧٤١٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٧/٧)، وبأنه "السمسرة عقد يبرم برضاء طرفيه فإذا حدد أجر السمسار باتفاق مسبق بينه وبين عميله فإنه يستحق كامل هذا الأجر عند نجاح وساطته بإبرام العقد نتيجة مساعيه وبإبرام الصفقة التي أرادها العميل موضوع السمسرة يفترض معه أن السمسار قام بمهمته بما يكفي لاستحقاق أجره فإذا ما أدعي العميل أن الصفقة تمت بغير وساطة السمسار أو علي خلاف الشروط التي وضعها فعليه أن يقيم الدليل علي ذلك بوصفه مدعيا خلاف الظاهر" (الطعن رقم ٧٤١٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٧/٧/٧، الطعن رقم ٣٩٧، ٤١٠ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٣)، وبأنه "إذ يبين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه استند في قضائه برفض الدعوى–بطلب مقابل السمسرة–بالنسبة للمطعون عليها الثانية–البائعة–إلي مخالفة شروط التفويض لأن البيع تم بثمن قدره.....ج علي خلاف التفويض الصادر من المطعون عليها المذكورة إلي الطاعن الثاني–السمسار–الذي تضمن شرطا مقتضاه أن يكون البيع بثمن قدره ٣٥٠٠٠ ج، وكان الحكم المطعون فيه فيما أورده لم يعن ببحث دور الطاعن الثاني في إتمام هذه الصفقة بناء علي هذا التفويض المذكور، وهل كان ذلك نتيجة تنازل المطعون عليها الثانية عن التمسك بشرط البيع بثمن التفويض، لما كان ذلك فإن الحكم يكون معيبا بالقصور" (الطعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)، وبأنه "إذ تبين من الإطلاع علي الأوراق أن الطاعنين قدما أمام محكمة الاستئناف في فترة حجز الدعوى للحكم مذكرة سلمت صورتها لوكيل المطعون عليه الأول تمسكا فيها بطلب إحالة الدعوى إلي التحقيق لإثبات أن بيع الفيلا تم بواسطتها ولإثبات العرف فيما يتعلق بأجر السمسرة، ثم أعيدت الدعوى للمرافعة وتداولت عدة جلسات حضر فيها المطعون عليهما حتى صدر الحكم المطعون فيه، ومن ثم فقد أصبحت هذه المذكرة ورقة من أوراق الدعوى، ويكون ما ورد بها من دفاع مطروحا علي الحكمة ولما كان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهري والرد عليه واقتصر علي

الإحالة إلي أسباب الحكم الابتدائي الذي لم يتعرض للدفاع المذكور بل إنه قرر أن الطاعنين لم يطلبا إثبات دعواهما بأي طريق من طرق الإثبات، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور" (الطعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٧/١/٣١)، وبأنه "لئن نصت المادة ٥٢ من قانون المحاماة علي عدم جواز الجمع بين المحاماة وبين الاشتغال بالتجارة فإن كل ما يترتب علي هذا الحظر هو توقيع الجزاءات التأديبية التي نصت عليها المادة ١٤٢ مما مفاده أن المشرع لم يحرم علي المحامي الاشتغال بالتجارة لعدم مشروعية محل الالتزام بل نص علي هذا الحظر لاعتبارات قدرها تتعلق بمهنة المحاماة ومن ثم فإن الأعمال التي يقوم بها المحامي تعتبر صحيحة ويجوز للمطعون عليه وهو محام المطالبة بالأجر الذي يستحقه عن عمل السمسرة متى قام بها علي الوجه الذي يتطلبه القانون" (الطعن رقم ٦٦٥ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٨/٥/١٨)، وبأنه "السمسار وكيل في عقد الصفقات، وطبقا للقواعد المتبعة في عقد الوكالة ويتولي قاضي الموضوع تقدير أجر الوكيل في حالة عدم الاتفاق مستعينا في ذلك بأهمية العمل وما يقتضيه من جهد وما يبذله الوكيل وبما جرى عليه العرف في هذه الحالة. ولما كان يبين من الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية قدرت للمطعون عليه الأول أجرا عن وساطته بنسبة ٢٠٥% من قيمة الصفقة وأبانت في حكمها أن هذا التقدير يتفق مع ما بذله من مجهود وأهمية الصفقة التي تمت ببيع الفيلا إلي السفارة السوفيتية، كما يتفق مع العرف في هذا الشأن لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون" (الطعن رقم ٥٣٩ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٥/١/٧).

وتنص المادة ٤٦٣ مدني على أن" إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب علي المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن".

- **ثالثا: التزام المشتري بتسلم المبيع**

قد سبق أن بينا أن التسليم يتم عن طريق وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته وأن ينتفع به بدون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك (مادة ٤٣٥) فإذا ما تم وضع المبيع تحت تصرف

المشتري علي هذا النحو اعتبر أن البائع قد أوفي بالتزامه، وكان علي المشتري استلام المبيع . (توفيق حسن فرج ص٥٨٢)

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التي تتفق مع طبيعة المبيع. فتسلم العقار يكون بحيازته بعد أن يخليه البائع علي ما قدمنا وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بحيازته إذا كان المنقول في مكان لا ينقل منه وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بإيداع البائع إياها لحساب المشتري في مصرف. وقد يتسلم المشتري المنقول بتسلم مفاتيح المنزل أو المخزن أو الصندوق أو أي مكان آخر يحتوى علي هذا المنقول، أو بتحويل البائع له سند الإيداع أو التخزين إذا كان المنقول مودعا أو مخزونا في جهة ما أو بتسليمه هذا السند إذا كان لحامله، وإذا كان المبيع حقا مجردا كحق المرور أو حق شخصي، فقد يتم التسليم بأخذ المشتري السند الحق أو باستعماله للحق فعلا والتسليم الحكمي من جانب البائع يتضمن تسلما حكميا من جانب المشتري، فالمشتري الذي يشتري شيئا كان في حيازته قبل البيع ويستبقيه في حيازته كمشتري يكون قد تسلم المبيع تسلما حكميا، وترك المشتري البيع لبائع يجوزه بسبب آخر كإيجار أو رهن أو وديعة يعد تسلما حكميا من المشتري للمبيع . (السنهوري ص٧٠٠)

- **مكان استلام المبيع وزمانه** :

وقد نصت المادة ٤٦٣ مدني علي أنه "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب علي المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن. وعلي ذلك إذا عين في العقد مكان لتسليم المبيع أو زمان لهذا السليم، فإنه يعمل بما اتفق عليه، وقد يتولي العرف تحديد مكان التسليم وزمانه فيعمل به كذلك. فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف، فإن القانون يقضي بأنه يجب علي المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع. وفي هذه الحالة يتعين علي المشتري أن يقوم به "دون إبطاء" مع مراعاة المهلة اللازمة لاستلام أو ما قد يقتضيه النقل من زمن تبعا للظروف" . (توفيق حسن فرج ص٥٨٤)

- **الجزاء علي إخلال المشتري بالتزام تسلم المبيع** :

فإذا أخل المشتري بالتزامه من تسلم المبيع، بأن كان مكان التسليم في موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه، أو كان في جهة أخرى ولم يذهب إليها للتسليم، أو كان

في موطنه هو فأتي له البائع بالبيع فرفض تسلمه، أو تخلف المشتري عن تسلم المبيع في المعاد المحدد للتسلم، جاز للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري جبرا عليه. وقد يتم ذلك عن طريق إيداع المبيع علي ذمة المشتري بمصروفات يتحملها المشتري، أو يتم عن طريق الحكم علي المشتري بغرامة تهديديه يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسلم، أو يتم بطريق آخر من الطرق المقررة للتنفيذ العيني ويسبق ذلك أعذار البائع للمشتري أن ينفذ التزامه بتسلم المبيع.

كذلك يجوز للبائع بعد أعذار المشتري، أن يطلب فسخ البيع. ويبقي للقاضي سلطته التقديرية، فإذا رأي مبررا للفسخ قضي به، وإلا أعطي المشتري مهلة لتسلم المبيع، وفقا للقواعد المقررة في الفسخ القضائي، وقد يوضع في البيع شرط فاسخ اتفاقي، فيتبع في شأنه جميع القواعد التي سبق ذكرها في شأن الفسخ الاتفاقي عن عدم دفع الثمن . (السنهوري ص٧٠٢)

وفي جميع الحالات، سواء طلب التنفيذ العيني أو الفسخ، يكون للبائع أن يطالب بالتعويض عما ناله من أضرار بسبب تأخر المشتري في استلام المبيع، أو بصفة عامة عما ناله من أضرار من جراء فسخ العقد، مع مراعاة ما قد يكون هنالك من مصروفات قام بها البائع في سبيل المحافظة علي المبيع. وفي كل هذا تطبق القواعد العامة . (توفيق حسن فرج ص٥٨٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بفسخ عقد البيع علي أساس أن البائع لم يوف التزاماته المترتبة علي العقد–حتى وقت الحكم النهائي في الدعوى، وكان مجرد عرض البائع استعداده لتسليم العين المبيعة علي أن يوقع المشتري علي عقد البيع النهائي لا يعد عرضا حقيقيا يقوم مقام الوفاء بالالتزام، لأن البائع لم يتبع استعداده للتسليم بطلب تعيين حارس حفظ العين المبيعة طبقا لما توجبه المادتان ٣٣٩ من القانون المدني و٧٩٢ من قانون المرافعات–٢/٤٤٨ جديد– فإن الحكم لا تكون قد خالف القانون" (نقض ١٩٦٢/١١/٨ س١٣ ص٩٩٢).

- **إذا كان المبيع يتم تسلمه على دفعات** :

إذا كان تسليم المبيع يتم علي دفعات متوالية، وتخلف المشتري عن استلام أول دفعة منها، فإن الفقه يرى أنه يكون للبائع أن يطلب فسخ العقد. فالتخلف عن

الاستلام يؤدي إلي فسخ العقد كله متى كان هذا التخلف عن استلام أول دفعة، فهو بمثابة التخلف عن استلام المبيع جميعه. لكن ما الحكم إذا كان التخلف عن استلام دفعة من الدفعات التالية للأولي؟ يمكن القول في هذه الحالة أن الفسخ لا يكون إلا بالنسبة لما لم يتم استلامه فقط، دون ما تم. هذا هو ما يقول به الفقه. فالفسخ في هذه الحالة لا يكون بأثر رجعي أي لا ينصرف إلي ما تم تسليمه من الصفقة، وإنما ينصرف إلي ما لم يتم تسلمه منها، ومع ذلك فإن هذا الموضوع يخضع لما يتم عليه الاتفاق بين الطرفين ولظروف العقد . (توفيق حسن فرج ص٢٨٧)

وتنص المادة ٤٦٤ مدني على أن " نفقات تسلم المبيع علي المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك " .

- **رابعا: تحمل نفقات تسلم المبيع**

لما كان المشتري ملزما بتسلم المبيع، فإنه وفقا للقاعد العامة يتحمل نفقات الوفاء بهذا الالتزام. إذ نصت المادة ٣٤٨ مدني علي أن "تكون نفقات الوفاء علي المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، ولذلك نصت المادة ٤٦٤ علي أن نفقات تسلم المبيع علي المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق بغير ذلك.

والمقصود بنفقات التسلم نفقات الاستيلاء الفعلي علي المبيع ونقله، فتشمل نفقات نقل المبيع من مكان التسليم إلي مكان التسليم إذا كان المكانان مختلفين وكذلك نفقات النقل بعد الاستيلاء إلي المكان الذي يريده المشتري. كما يشمل الرسوم الجمركية ورسوم الاستهلاك ونفقات حيازته فعلا" . (خميس خضر ص٢٨٦)

وهذا كله ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره، فعند ذلك يسري الاتفاق أو العرف. فقد يقضي العرف التجاري بأن مصروفات التفريغ تكون علي المشتري، فيتحملها ولو كان التسلم في مكان التفريغ.

وقد يتفق المتبايعان علي أن يكون التسليم خالصا من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية، وعند ذلك يتحمل البائع الرسوم التي تجبي في نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسلم في مكان الشحن. ولكنه لا يتحمل الرسوم التي تجبي علي استهلاك المبيع في هذه الحالة، بل الذي يتحملها هو المشتري، لأنه هو الذي يستهلكها وذلك ما لم يكن هناك اتفاق علي غيره. (السنهوري ص٧٠٣)

بعـض أنـواع البيـوع

- **بيـع الوفـاء** :

تنص المادة ٤٦٥ من القانون المدني على أن " إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا".

- **المقصـود ببيـع الوفـاء**:

بيع الوفاء هو البيع الذي يلتزم فيه المشتري أن يعيد المبيع إلي البائع – خلال مدة معينة – مقابل رد الثمن والنفقات . (توفيق فرج ص٥٩١)

أو هو البيع الذي يتفق فيه الطرفان عند إبرام البيع علي أن يكون من حق البائع أن سترد المبيع إذا هو رد إلي المشتري خلال أجل يتفقان عليه مبلغا معينا يغلب أن كون هو الثمن والمصروفات . (محمد كمال عبد العزيز ص٤٠٦)

- **طبيعـة بيـع الوفـاء** :

بيع الوفاء يعتبر بيعا معلقا علي شرط فاسخ هو رد الثمن والمصاريف في الميعاد المتفق عليه، فإذا تحقق هذا الشرط اعتبر البيع كأن لم يكن، بمعني أن المبيع يعتبر كأن لم يخرج أبدا من ملك البائع ولم يدخل قط في ملك المشتري. أما إذا انقضت المد المعينة في العقد ولم يستعمل البائع حقه في استرداد المبيع، سقط خياره وثبتت الملكية نهائيا للمشتري . (أنور سلطان ص٣٨٦ – محمد شكري سرور ص٤٠٧)

- **مـزايا بيـع الوفـاء** :

يعتبر البيع مع خيار الاسترداد من وسائل الائتمان التي تخول لمالك الشئ، متى كان في حاجة إلي المال، أن تنصرف في المبيع مقابل الحصول علي ثمنه والاستفادة منه، مع الاحتفاظ بحقه في الحصول عليه خلال المدة المحددة. وبذلك يظل أمل استرداده قائما لديه، نظرا لأنه لا يريد التخلي عنه، ويكون له ذلك متى توافرت المبالغ اللازمة لمباشرة هذا الاسترداد، فيحصل علي المبيع ثانية إذا تحسنت حالته في المستقبل . (توفيق حسن فرج ص٥٩٤)

- **عيــوب بيـــع الوفــاء**:

إذا كانت هناك مزايا لبيع الوفاء فهناك أيضا عيوب له ذلك أن البائع إذا كان يستطيع أن يلجأ إلي هذه الوسيلة لحصول علي ما يلزمه من مال، مع إمكان استرداد المبيع، إلا أنه إذا لم يستطع أن يرد الثمن والمبالغ المطلوبة خلال المدة المحددة، فإنه يفقد المبيع، وتستقر الملكية نهائيا للمشتري .

وغالبا ما يكون ذلك بثمن لا يتناسب مع قيمة المبيع، وهو ما يحصل عادة في هذا النوع من البيوع، وبذلك يستفيد المشتري من ضائقة البائع. ومن هنا تظهر عيوب هذا النظام، إذ علي الرغم مما قد يكون له من فوائد ظاهرها فيه الرحمة، إلا أن المستقبل قد يخلف ظنون البائع، فلا يستطيع تدبير شئونه، وبالتالي يقع ضحية استغلال الظروف، لصالح المشتري الذي يكون عادة من طائفة المرابين . (توفيق حسن فرج ص٥٩٤)

كما أن بيع الوفاء كثيرا ما يتخذ وسيلة للتحايل علي القواعد الآمرة في الرهن التي تقضي ببطلان كل اتفاق يجعل للدائن المرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك المال المرهون في نظير ثمن معلوم (م١٠٥٢، ١١٠٨ مدني)، وذلك بأن يعقد المتعاقدان بيع وفاء ويكون المقصود به رهن المبيع للمشتري الذي أقرض البائع مبلغا من النقود. فيبدو المقترض الذي رهن ماله علي أنه بائع ويظهر الدائن المرتهن الذي أقرضه مشتريا، ويكون المال المرهون بمثابة المبيع، والدين الذي يضمنه الرهن بمثابة الثمن. فإذا لم يستعمل البائع وهو في الحقيقة راهن حقه في استرداد المبيع (وهو في الحقيقة مجرد مال مرهون) في المدة المحددة، أي إذا لم يوف الدين في الميعاد المتفق عليه أصبح المشتري (وهو في الحقيقة دائن مرتهن) مالكا للمبيع في مقابل ثمن هو في الحقيقة الدين الذي يضمنه الرهن . (خميس خضر ص٢٩٥)

- **بيع الوفاء في ظل التقنين الملغي** :

كان التقنين لملغي يأخذ كثير من التشريعات بمشروعية بيع الوفاء بتقدير أنه طريق من طرق التأمين التي يلجأ إليها الدائن حيث يتجرد له المدين عن مال مملوك له نظير قيمة القرض علي أن يكون لهذا الأخير أن يسترد ماله المبيع إذا هو رد قيمة

القرض وباقي أن تكبده الدائن في إتمام الصفقة وكان ينظمه في المواد ٣٣٨ حتى ٣٤٧ منه.

غير أن العمل كشف عن أن بيع الوفاء كثيرا ما يتخذ ستارا لقرض ربوي مضمون رهن حيازي بأن يبيع المدين للدائن بيعا وفائيا عينا معينة ثم يستأجرها من المقرض بأجرة تمثل ربا فاحشا أو أن يتفقا علي استرداد المدين لماله نظير مبلغ يجاوز ما تكبده الدائن ويمثل الفاروق الفائدة الربوية، كما يقصد المتعاقدان به التخلص من بطلان شرط امتلاك الدائن المرتهن للشئ المرهون عند عدم الوفاء في الميعاد فتدخل المشرع بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ الذي نص علي بطلان بيع الوفاء الذي يخفي رهنا سواء باعتباره بيع وفاء أو باعتباره رهنا وساق هذا القانون القرائن علي اعتبار يع الوفاء يخفي رهنا كاشتراط المشتري علي البائع أن يرد مع الثمن فوائده أو أن تبقي العين في حيازة البائع لأي سبب . (محمد كمال عبد العزيز ولزيادة الإيضاح يراجع السنهوري بند ٧٨ حتى ٨٥–مرقص بند ٢٧٨–الهلالي وزكي بند ٤٧٩ حتى ٥١٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت المحكمة قد اعتبرت القرينة التي تضمنها المادة ٣٣٩ من القانون المدني القديم وهي بقاء العين المبيعة في حيازة البائع ليست قرينة قانونية قاطعة وإنما تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات وكان الحكم قد قرر ذلك وأحال الدعوى إلي التحقيق يثبت البائع بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة أن عقد البيع الصادر منه هو في الواقع عقد رهن في صورة عقد بيع وفائي فإنه يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٦/٣/١٥)، وبأنه "وحيث إن هذا النعي صحيح ذلك أنه قبل صدور القانون رقم ٤٩ سنة ١٩٢٣ لم يكن البيع الوفائي الذي يخفي رهنا باطلا بل كان كل ما يهدد المشتري بعقد وفائي هو أن يعتبر عقده في هذه الحالة بمثابة عقد رهن تنطبق عليه قواعد الرهن وبذلك ينتفع بكل ما للدائن المرتهن من حقوق وقد شجع هذا الدائنين علي إساءة استعمال عقد البيع الوفائي واتخاذه وسيلة لستر الرهون بقصد الاحتيال علي التخلص من القيود التي وضعها القانون لحماية المدينين الراهنين وأهمها منع المرتهن في حالة عدم الوفاء من تملك العين المرهونة بغير الاتجاه إلي القضاء مما حدا بالمشرع علي ما صرح في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور

لتدخل للقضاء علي هذه الحيل ووضع نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفائي الذي ينطوي علي الرهن فأصدر هذا القانون (رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣) معدلا للمادتين ٣٣٨، ٣٣٩ من القانون المدني وأصبح نص المادة الأخيرة كالآتي "إذا كان الشرط الوفائي مقصودا به إخفاء رهن عقاري فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا-ويعتبر العقد مقصودا به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأي صفة من الصفات" ومؤدي ذلك أن المشرع وقد كان هدفه القضاء علي البيوع الوفائية التي تخفي رهونا وسد السبيل علي ضروب التحايل للخروج علي نواهي القانون قد أورد هاتين القرينتين كقرينتين قانونيتين قاطعتين بحيث إذا توافرت إحداهما كان ذلك قاطعا في الدلالة علي أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعا من إثبات العكس وعلة تقرير هاتين القرينتين بالذات هو أن بقاء العين في حيازة البائع واشتراط رد الثمن مع الفوائد مما يتنافي مع خصائص عقد البيع الوفائي الجدي يؤيد هذا النظر الذي سبق لهذه المحكمة أن قررته في حكمها الصادر في الطعن رقم ٣٠٢ سنة ٢٢ق اتجاه المشروع إلي إلغاء البيع الوفائي نهائيا في القانون المدني الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن ولم يكن التقنين المدني القديم يتضمن نصا كنص المادة ٤٠٤ من التقنين الحالي الذي يجيز نقض القرينة القانونية بالتدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك وكان الرأي قبل صدور هذه المادة متجها إلي الأخذ بما هو مقرر في فرنسا بنص صريح في المادة ١٣٥٢ من القانون المدني الفرنسي من عدم جواز إثبات ما ينقض القرينة القانونية إذا كان القانون يبطل علي أساسها تصرفا معينا، ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه اعتبر قرينة بقاء العين المبيعة في حيازة الطاعن وهو البائع ليست قاطعة ودلل علي عكسها وانتهي رغم قيام هذه القرينة إلي اعتبار العقد بيعا وفائيا صحيحا فإنه يكون قد خالف القانون بما يستوجب نقضه في هذا الخصوص" (الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٢٦ق جلسة ١٩٦١/١٢/٢١، وبأنه "تقضي المادتان ٣٣٨، ٣٣٩ من القانون المدني القديم المعدلتان بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ببطلان عقد البيع الوفائي المقصود به إخفاء رهن سواء بصفته بيعا أو رهنا وبأن العقد يعتبر مقصودا به إخفاء الرهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأية صفة من الصفات. وهاتان القرينتان-على ما استقر عليه قضاء محكمة النقض-من قبيل القرائن القانونية القاطعة بحيث إذا توافرت إحداهما كان

ذلك قاطعا في الدلالة علي أن القصد من العقد هو إخفاء رهن ومانعا من إثبات العكس" (الطعن رقم ٣٤١ لسنة ٢٧ق جلسة ١٩٦٣/١/٣)، وبأنه "تنص المادة ٣٣٩ من القانون المدني الملغي بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ علي أنه "إذا كان الشرط الوفائي مقصودا به إخفاء رهن عقاري فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا–وأن العقد يعتبر مقصودا به إخفاء رهن إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأي صفة من الصفات" وقد جرى قضاء محكمة النقض علي أن المشرع أورد هذه القرينة كقرينة قانونية قاطعة في الدلالة علي أن العقد يستر رهنا ومانعة من إثبات العكس ومن ثم فإن في اعتماد الحكم المطعون فيه علي هذه القرينة وحدها ما يكفي لحمل قضائه ببطلان عقد البيع علي أساس أنه يخفي رهنا" (الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)، وبأنه "المادة ٣٣٩ من القانون المدني الملغي بعد تعديلها بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ إذ أجازت إثبات أن الشرط الوفائي مقصود به إخفاء رهن عقاري بكافة طرق الإثبات دون التفات إلي نصوص العقد فإن ذلك منها لم يكن إلا تطبيقا للقواعد العامة التي تجيز إثبات الغش بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن وعلي ذلك فإن تلك المادة لا تتضمن أي استثناء تنفرد به عن سائر العقود المنطوية علي الغش من حيث طرق الإثبات" (الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٩/١/٢٣).

- **بيع الوفاء في ظل التقنين المدني الحالي** :

كان التقنين المدني السابق يقر بيع الوفاء وينظمه، ولما جاء القانون المدني الحالي أبطله، حيث نص في المادة ٤٦٥ منه علي أنه: إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا. فبيع الوفاء إذن في التقنين المدني الحالي باطلا، ويرجع البطلان هنا إلي أن المشرع قد استحدث تغييرا في نظرته إلي النظام العام، فوجد أن بيع الوفاء–ويقصد به عادة أن يكون ستارا لتصرف غير مشروع–أمر مخالف للنظام العام فيكون باطلا تطبيقا للقواعد العامة في البطلان.

- **أثر بطلان عقد البيع** :

يترتب علي بطلان البيع الوفائي بطلانا مطلقا ألا تلحقه الإجازة ولا يرد عليه التقادم، ويستطيع أن يتمسك به كل ذي مصلحة ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يترتب عليه ثمة أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير ويبطل

عقد البيع الوفائي، وسواء كان محل العقد عقارا أو منقولا، وسواء قصد به إخفاء رهن أو قصد به البيع حقيقة دون تحايل. فلا يمكن حمل بيع الوفاء علي أنه يستر في الحقيقة رهنا فتجرى أحكام الرهن، لأنه من المسلم لكي يستتر عقد تحت ستار عقد آخر يجب أن يكون العقد الساتر صحيحا، فإذا كان باطلا لم يكن صالحا لستر غيره. ولو ترك بيع الوفاء للقواعد العامة لكان صحيحا إذ يعتبر بيعا معلقا علي شرط فاسخ هو استعمال البائع حقه في العدول في المدة المتفق عليها فإن تخلف الشرط استقر وجود البيع نهائيا . (منصور مصطفي منصور ص٢٤٠–خميس خضر ص٢٩٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "أساس بطلان البيع الوفائي الذي يستر رهنا أنه غير مشروع ومن ثم لا تلحقه الإجازة، ولا يترتب عليه أي أثر سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير فيبقي المبيع علي ملك البائع ويكون له أن يسترده" (الطعنان رقما ٢٤٤,٩٥٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٥/٩، الطعن رقم ٦٢٤ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/٦/٢١، الطعن رقم ٢٢٢لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢٥، الطعن رقم ٧٨٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٤٨ جلسة ١٩٨١/٦/٢٥، الطعن رقم ٥٨ لسنة ٣٤ق س١٨ ص٩١٨ جلسة ١٩٦٧/٤/٢٧)، وبأنه "متى كانت محكمة موضوع قد قضت ببطلان عقد البيع لما ثبت لديها أنه كان مقصودا به إخفاء رهن فإن نية المتعاقدين تكون قد انصرفت وقت التعاقد إلي الرهن لا إلي البيع كما يكون وضع يد المشتري وفاء هو سبب الرهن دون أي سبب آخر فتنتفي نية التملك منذ البداية ويصبح وضع اليد قائما علي سبب وقتي ومعلوم لا يؤدي إلي اكتساب الملكية مهما طال أمده إلا إذا حصل تغيير في سببه" (الطعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٣٨٨ جلسة ١٩٨١/٥/٦)، وبأنه "طبقا لنص المادة ٣٣٩ من القانون الملغي الذي أبرم العقد في ظله والمعدلة بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٢٣ إذا كان الشرط الوفائي مقصودا به إخفاء رهن عقاري فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعا أو رهنا مما مفاده أن أساس بطلان البيع الوفائي هو عدم المشروعية، ولما كان ذلك فإن العقد برمته يكون باطلا ولا سند من القانون لما يقول به الطاعنان من أن البطلان لا يلحق العقد إلا فيما تضمنه من أنه يخفي ربا فاحشا" (الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨١/٦/١١)، وبأنه "أساس بطلان البيع الوفائي الذي يستر رهنا هو أنه غير مشروع ومن ثم فلا تلحقه الإجازة" (الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٣٤ق جلسة

١٩٦٩/١/٢٣)، وبأنه "عقد البيع الذي يخفي رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلي المشتري إنما هو صورة من بيع الوفاء الذي حظره المشرع بالنص علي بطلانه في المادة ٤٦٥ من التقنين المدني" (الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٣٢ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٦)، وبأنه "لما كان مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني–وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة–أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلي احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة فإذا خلا البيع من هذا الشرط الإرادي المحض المتعلق بمطلق إرادة البائع كان العقد صحيحا، ولا يغير من ذلك أن يكون معلقا علي شرط فاسخ غير متعلق بإرادة البائع أو متعلق بإرادته في حالة إخلال المشتري بالتزاماته" (الطعن رقم ١٧٩٧ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٦/٢/١٧)، وبأنه "متى كان الحكم قد أقيم علي أن العقد هو بيع يخفي رهنا فيكون باطلا سواء بصفته بيعا أو رهنا فلا يكون الحكم بحاجة بعد ذلك للتعرض في بحثه إلي تطبيق قواعد استهلاك الرهن الحيازي الباطل" (مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عام بند ١٨١ ص٣٧٤)، كما قضت بأنه "إذا كانت الورقة المختلف علي تكييفها–هل هي ورقة ضد عن العقد المتنازع علي حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع–مذكورا فيها أن "إذا قضي الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون نافذ المفعول" فهذا يدل علي أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد وأن تعلق علي شرط فاسخ، وإذن فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغه عباراتها وليس فيه مسخ لمدلولها" (مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عام بند ١٨٠ ص٣٧٤)

- **يترتب علي بطلان عقد البيع الوفائي إعادة كل من المتعاقدين إلي حالة التي كانا عليها قبل إبرامه** :

إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له ورجع كل شئ إلي أصله ميعاد المتعاقدان للحالة التي كان عليها قبل العقد ومن ثم فيجب علي المشتري رد المبيع وثمراته إلي البائع، وله أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة، وذلك كله طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن، ويجب علي البائع أن يرد للمشتري فورا ما قبضه من ثمن ولا يعتد بالأجل، ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق، ولا يكون

المبيع مثقلا بأي حق عيني لضمان رد الثمن، فإن بيع الوفاء جعله القانون باطلا باعتباره بيعا أو رهنا وإذا كان قد سبق تسجيله فعند تقرير البطلان يؤشر بذلك علي الهامش التسجيل.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له وارجع كل شئ إلي أصله، وبذلك يعاد المتعاقدان إلي الحالة التي كانا عليها قبل العقد طبقا للمادة ١٤٢ من القانون المدني واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون علي أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد" (الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٨١/٦/١١).

- **حكم التصرف في المبيع قبل تقرير البطلان** :

إذا تصرف المشتري في المبيع قبل تقرير بطلان عقد البيع الوفائي اعتبر التصرف صادرا من غير مالك وجرى عليه حكم بيع ملك الغير المنصوص عليه المواد (٤٦٦-٤٦٨ مدني).

أما إذا كان الذي تصرف في المبيع هو البائع فتصرفه صحيح لأنه هو المالك، ولا يمنع البائع من التمسك ببطلان هذا البيع انقضاء المهلة المحددة للاسترداد من غير أن يسترد المبيع فيها. وإذا استرده فيها فلا عبرة بهذا الاسترداد، إنما يكون أساس رجوع المبيع إليه هو بطلان بيعه أصلا.

- **بيع الوفاء لا يصلح أن يكون سببا صحيحا للتقادم القصير** :

ولا يصلح بيع الوفاء، وهو بيع باطل، أن يكون سببا صحيحا للتقادم القصير، علي أن المشتري وفاء إذا باع العين لمشتر حسن النية، ملكها المشتري الثاني في المنقول بالحيازة، وأمكن أن يملكها في العقار بالتقادم القصير، لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير مالك فيجرى عليه حكمه . (السنهوري ص١٣٧)

- **إثبـات بيـع الوفـاء**:

يجوز إثبات بيع الوفاء بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا ومنها البينة والقرائن. كما يجوز إثباتها بورقة تدل علي أن العقد الظاهر هو في حقيقته عقد بيع وفاء، فتكون تلك الورقة "ورقة ضد" أو تكون هي العقد الحقيقي الذي يحكم العلاقة ما بين أطرافه. وقد يحرر العقد الحقيقي في تاريخ العقد الصوري متضمنا حقيقة البيع الذي تم وأنه بيع صوري ويكون للبائع فيه حق استرداد المبيع فور رد المبلغ للمشتري دون توقف علي إرادة الأخير.

ولا يشترط في العقد الحقيقي أن يكون صادرا في ذات تاريخ العقد الصوري، بل يجوز أن يكون لاحقا له، وقد لا يتضمن تاريخا، ويكفي أن ينصرف ذهن أطراف العقد الحقيقي إلي العقد الصوري أثناء تحرير العقد الأول ويدور بخلدهما هذا العقد إذ تتوفر بذلك المعاصرة الذهنية، وهي كافية لإعمال أثر العقد الحقيقي ولمحكمة الموضوع استخلاص تلك المعاصرة من الصلة ما بين العقدين من ناحية أطرافه ومحله وما قد يقدم لها من مستندات لإثبات توافر تلك الصلة دون اعتداد بوقت تحرير كل منهما إذا اختلفا تاريخا . (أنور طلبه ص٧٠٩ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الصورية النسبية التدليسية التي تقوم علي إخفاء رهن وراء البيع–وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة–تعد تحايلا علي القانون، بما يترتب عليه بطلان البيع، وللمتعاقد أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا وإنما هو علي خلاف نصوصه يخفي رهنا" (الطعن رقم ٣٩٧ لسنة ٣٦ق جلسة ١٩٧١/٤/٢٧)، وبأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الصورية النسبية التدليسية التي تقوم علي إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا علي القانون يترتب عليه بطلان البيع إّ عقد البيع الذي يخفي رهنا ويستطيع البائع فيه استرداد المبيع إذا هو رد الثمن إلي المشتري إنما هو صورة من بيع الوفاء الذي حظره المشرع بالنص علي بطلانه في المادة ٤٦٥ من القانون المدني، وهذه الصورية النسبية تثبت بالبينة وسائر طرق الإثبات الأخرى دون التفات إلي نصوص العقد أو ما أصدره المتعاقدان من إقرارات" (الطعن رقم ٥٧٩ لسنة ٤٨ق جلسة ١٩٨١/٥/٦)، وبأنه "الصورية النسبية التي تقوم علي إخفاء الرهن وراء البيع تعد تحايلا علي القانون يترتب عليه بطلان البيع طبقا للمادة ٤٦٥ من القانون المدني وهذه الصورية النسبية تنتفي بانتفاء الصورية المطلقة أو يتخلف شروط الدعوى البوليصية كلها أو بعضها لاختلافها عنهما أساسا وحكما. فمتى كان الحكم المطعون فيه قد قصر بحثه علي ما تمسك به الخصم من أوجه دفاع تتعلق بصورية عقد البيع صورية مطلقة وبالتواطؤ بين طرفي هذا العقد للأضرار بحقوقه وأغفل بحث دفاع الخصم بشأن إخفاء الرهن وراء البيع مع أنه دفاع جوهري لو صح لتغير وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم يكون قاصرا في التسبيب بما يبطله ويستوجب نقضه" (مجموعة أحكام النقض لسنة ١٧ ص١٧٧٠ جلسة ١٩٦٦/١٢/٩)، كما قضت بأنه "متى كانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالبطلان تأسيسا علي أن عقد البيع

الصادر من مورثها إلي المطعون عليه هو في حقيقته عقد بيع وفاء وأنه باطل بطلانا مطلقا عملا بنص المادة ٤٦٥ من القانون المدني، وتمسك المطعون عليه أمام محكمة الاستئناف بتقادم هذه الدعوى بمضي أكثر من خمس عشرة سنة من تاريخ العقد، وإذ كان القانون المدني القائم قد استحدث في الفقرة الثانية من المادة ١٤١ منه النص علي سقوط دعوى البطلان المطلق بمضي خمس شعرة سنة من وقت العقد احتراما للأوضاع التي استقرت بمضي هذه المدة بعد صدور العقد الباطل، ولما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه في الدعوى علي هذا الأساس فإن النعي عليه–بأن البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم–يكون في غير محله" (مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٦ ص١٤٧٧ جلسة ١٩٧٥/١١/٢٥)، وبأنه "مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلي احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج هذا الشرط في ذات عقد البيع بل يجوز إثباته في ورقة أخرى ولا يشترط لإعمال أثرها قيام المعاصرة الزمنية بينها وبين العقد ذاته بل تكفي المعاصرة الذهنية سواء كان تحرير الورقة في تاريخ سابق أو لاحق علي العقد طالما أدت هذه المعاصرة إلي قيام الارتباط بينهما، لما كان ذلك وكان الثابت من تقرير الخبير أنه لا خلاف بين الطرفين في انصراف أثر ورقة الضد إلي ذات العقد وإنما يدور الخلف بينهما حول عدم تضمين العقد المسجل شرط الوفاء، فإن الحكم المطعون فيه وما اعتنقه من حكم محكمة أول درجة من إِباب، إذ انتهي إلي عدم إعمال ورقة الضد لمجرد عدم توافر المعاصرة الزمنية بينهما وبين العقد المسجل الذي خلا من شرط الوفاء دون أن يعن ببيان ظروف تحرير ورقة الضد ومدى توافر المعاصرة الذهنية التي تربطها بالبيع في ذاته مجردا عن سنده مشوبا بالفساد في الاستدلال بما أدي به إلي الخطأ في تطبيق القانون بما يوجب نقضه" (طعن ٦٢٣ س٥٣ق نقض ١٩٨٦/٦/١٥، طعن ٩٩٩ س ٥٦ق نقض ١٩٩٠/١١/٢٨، طعن ٢٤١٢ س ٥٤ق نقض ١٩٩٠/١/٢٤، طعن ١٣٩٧ س ٥٣ق نقض ١٩٨٧/٤/٣، طعن ٢٤٤، ٩٥٢ س٥١ق نقض ١٩٨٥/٥/٩، طعن ٦٢٤ س ٥١ق نقض ١٩٨٤/٦/٢١)، وبأنه "مفاد نص المادة ٤٦٥ من القانون المدني أنه يشترط في بيع الوفاء الذي يبطله القانون أن تتجه إرادة الطرفين وقت إبرام العقد إلي احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ولا يلزم أن يدرج

هذا الشرط في ذات عقد البيع بل يجوز إثباته في ورقة لاحقة بشرط توافر المعاصرة الذهنية التي تربطه بالبيع واستظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع في الاسترداد يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض. وإذ كان الثابت من الحكم المطعون فيه أن عقد البيع سند الدعوى تاريخه.. وكانت الورقة التي استند إليها الحكم في إثبات شرط الاسترداد مؤرخة-في تاريخ لاحق-وكان الحكم قد أنزل أحكام بيع الوفاء علي عقد البيع استنادا إلي تلك الورقة برغم صدورها في تاريخ لاحق علي العقد دون أن يعني باستظهار شرط المعاصرة الذهنية التي تربطها بالعقد أو يكشف عن المصدر الذي استقي منه هذه المعاصرة فإنه يكون مشوبا بالقصور والخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٥٠٩ لسنة ٤٢ق جلسة ١٩٧٦/٣/١٥)

- **تقادم دعوى بطلان بيع الوفاء** :

تنص الفقرة الثانية من المادة ١٤١ مدني علي أن تسقط دعوى لبطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد-وهذا الحكم مستحدث في التقنين الجديد. وذلك احتراما للأوضاع التي استقرت بمضي هذه المدة بعد صدور العقد الباطل.

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كانت الطاعنة قد أقامت دعواها بالبطلان تأسيسا علي أن عقد البيع الصادر من مورثها إلي المطعون عليه هو في حقيقته عقد بيع وفاء وأنه باطل بطلانا مطلقا عملا بنص المادة ٤٦٥ من القانون المدني. وتمسك المطعون عليه أمام محكمة الاستئناف بتقادم هذه الدعوى بمضي أثر من خمس عشرة سنة من تاريخ العقد، وإذ كان القانون المدني القائم قد استحدث في الفقرة الثانية من المادة ١٤١ منه النص علي سقوط دعوى البطلان المطلق بمضي هذه المدة بعد صدور العقد الباطل، لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه في الدعوى علي هذا الأساس فإن النعي عليه-بأن البطلان المطلق لا يرد عليه التقادم-يكون في غير محله" (الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٧٥/١١/٢٥)، وبأنه "متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهي إلي أن عقد البيع المتنازع فيه هو في حقيقته عقد بيع وفائي يستتر رهنا فإن هذا العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا ولقد كان حكم القانون في ظل التشريع الملغي في شأن مثل هذا العقد-أنه لا ينقلب صحيحا مهما طال الزمن، ومن ثم لا يكون للتقادم أثر فيه ولصاحب الشأن دائما أبدا رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه، أما نص المادة ١٤١ من

القانون المدني القائم الذي يقضي بسقوط دعوى البطلان المطلق بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد فإنه نص مستحدث منشئ لحكم جديد لم يكن مقررا في ظل القانون الملغي، ومن ثم فإن هذا التقادم لا يسري إلا من تاريخ العمل بالقانون المدني القائم وليس معني هذا أن التقادم لا يسري علي العقود الباطلة التي أبرمت في ظل القانون الملغي وإنما هو يسري عليها ولكن تبدأ مدة التقادم بالنسبة لدعاوى البطلان الخاصة بهذه العقود من تاريخ العمل بالقانون أي من ١٥/١٠/١٩٤٩ وليس من تاريخ إبرامها" (الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٠ق جلسة ٣/١٢/١٩٦٤).

- **الصلح المتعلق ببيع الوفاء:**

الصلح المتعلق ببيع الوفاء يعتبر نزولا من جانب البائع علي شرط الاسترداد المتفق عليه عند المتعاقد .

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في عقد الصلح علي اعتبار بيع الوفاء نهائيا لا رجوع فيه، لا يعدو أن يكون مجرد نزول من جانب البائع عن شرط الاسترداد المتفق عليه عند التعاقد فهو لا يصحح البيع الذي وقع باطلا طبقا للمادة ٤٦٥ من القانون المدني" (الطعن رقم ١٧٠ لسنة ٣٦ق جلسة ٢٨/٥/١٩٧٠)

- **التمييز بين بيع الوفاء وغيره من البيوع المعلقة علي شرط فاسخ** :

ولما كان بيع الوفاء ليس إلا بيعا معلقا علي شرط فاسخ، وكان دون سائر البيوع المعلقة علي شرط فاسخ بيعا باطلا في التقنين المدني الجديد، لذلك أصبح تمييزه عن هذه البيوع وتحديد منطقة أمرا بالغ الأهمية، حتى يختص هو وحده بالبطلان.

ولا صعوبة في تمييز الشرط الوفائي عن الشرط الفاسخ غير المتعلق بإرادة البائع، ذلك أن الشرط الوفائي هو شرط يتعلق حتما بإرادة البائع، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن إرادته في الاسترداد، فإذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع، أو متعلقا بها وبأمر آخر خارج عنها، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطا وفائيا، وكان البيع المعلق عليه بيعا صحيحا، مثل ذلك أن يبيع موظف دارا له في الإسكندرية، ويعلق البيع علي شرط فاسخ هو نقله إلي هذه المدنية إذ يحتاج عند ذلك إلي الدار لسكناها، فالبيع هنا معلق علي شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحا، وإذ باع شخص دارا وعلق البيع علي شرط فاسخ هو أن يتزوج، فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته وبإرادة الزوجة، فلا يكون شرطا وفائيا ويكون البيع المعلق عليه بيعا صحيحا. ويدق الأمر عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقا بإرادة البائع،

فهناك شرط متعلق بإرادة الباع وليس شرطا وفائيا فيبقي معه البيع صحيحا، وشرط متعلق بإرادة البائع وهو شرط وفائي فيبطل معه البيع، ونرى أن التمييز بين الشرطين يقوم علي الاعتبار الآتي: في بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقي فسخه من الوقت يتروي فيها كما في البيع مع الاحتفاظ بحق العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط، ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروي فيصح ويصح معه البيع وفي أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملا أن يسترد المبيع برد الثمن، ففي هذه الحالة يكون الشرط وفائيا فيبطل معه البيع، فالشرط الصحيح هو ما كان للتروي، والشرط الباطل هو ما كان للتمكن من استرداد المبيع.

ويمكن أن نتصور بعد أن أًصبح بيع الوفاء باطلا، أن تتحايل الناس لتجنب هذا الحكم بإحدى وسيلتين: ١)يبيع المالك العين للمشتري بيعا باتا، ثم يبيع المشتري بعقد جديد نفس العين للبائع معلقا البيع علي شرط واقف هو أن يسترد الثمن والمصروفات في مدة معينة. ٢)يبيع المالك العين للمشتري بيعا باتا، ثم يبيع المشتري العين لأجنبي بعقد ثان، ثم يبيع الأجنبي العين للبائع بعقد ثالث معلقا البيع علي شرط واقف هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات في خلال مدة معينة، وتمتاز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيلة الأولي في أنه قد توسط أجنبي ما بين البائع والمشتري، فجعل الشبهة أبعد . (السنهوري ص١٣٨)

وهناك وسيلتان أخريان لا يستطيع المتعاملان أن يلجأ إليهما، إذ تقعان مباشرة تحت حظر القانون الوسيلة الأولي: أن يرهن المالك العين عند الدائن، ويشترط الدائن أن يتملك العين إذا لم يستوف الدين في الميعاد، فيصل بذلك إلي النتيجة التي كان يصل إليها ببيع الوفاء، وهذه الطريقة حرمها القانون بنص صريح، هو المادة ١٠٥٢ مدني في الرهن الرسمي والمادة ١١٠٨ مدني في الرهن الحيازي، والوسيلة الثانية: أن يعمد المتعاملان إلي إخفاء بيع الوفاء تحت ستار بيع بات لا يوجد فيه شرط وفائي، ويحرران بالشرط الوفائي ورقة ضد فيما بينهما وقد يؤخران تاريخها عن تاريخ البيع البات، وقد كشف القضاء منذ عهد التقنين المدني السابق عن هذا التحايل، وأوردنا أحكاما كثيرة تقضي بأن البيع في هذه الحالة يعتبر بيعا وفائيا، عاصر فيه الشرط الوفائي البيع ولو معاصرة ذهنية. وهناك صورة يسهل تميزها عن صورة بيع الوفاء، وإن كانت بيعا معلقا علي شرط فاسخ ويتحقق الشرط بإرادة البائع يشترط البائع علي المشتري أن يكون البيع معلقا علي شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن أو بقسط منه في الميعاد المتفق عليه.

وتتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء بأن الثمن فيها مؤجل، أما الثمن في بيع الوفاء فيكون عادة معجلا أو قريب الأجل، ويكون الفسخ في هذه الصورة راجعا إلي أن البائع لم يستوف الثمن، أما الفسخ في بيع الوفاء فيرجع إلي أن البائع قد استوفي الثمن ثم رده إلي المشتري. وقد يبيع شخص عينا لآخر، ويعلق البيع علي شرط واقف هو ألا يوفي البائع دينا عليه للمشتري، فهذا ليس ببيع وفاء، ولكنه بيع قد يخفي رهنا اشترط فيه انتقال الملك في الراهن إلي المرتهن إذا لم يستوف الدين في الميعاد فيكون هذا الشرط باطلا . (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٨٩٧ م١٠ ص٢٦)

- **حكم التقنين الحالي ليس له أثر رجعي :**

نص المادة ٤٦٥ من التقنين الجديد القاضي ببطلان بيع الوفاء لا يسري إلا علي العقود التي تبرم من وقت العمل بالتقنين الجديد، أي من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩، أما العقود التي أبرمت قبل هذا التاريخ فيستمر بالنسبة لها العمل بأحكام التقنين الملغي، أي أن هذه العقود تظل صحيحة ويجوز للبائعين بموجبها أن يستعملوا حقهم في استرداد المبيع وفاء حتى بعد صدور التقنين الجديد علي أن يكون ذلك في المواعيد المتفق عليها في عقودهم وفي حدود المدة التي كان يسمح بها التقنين الملغي بالاتفاق علي حق الاسترداد خلالها، وهي خمس سنوات وفقا للتقنين الأهلي. ويترتب علي استعمالهم هذا الحق أو علي عدم استعمالهم إياه في الميعاد المحدد لذلك الآثار التي نص عليها التقنين الملغي.

أما بيوع الوفاء التي تبرم ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدني الجديد، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهنا . (عزمي البكري ص٧٩٣)

ونص المادة ٤٦٥ مدني وإن كان نصا آمرا إلا أنه لا يجب أن ينصرف إلي بيوع الوفاء التي تمت صحيحة وفقا لأحكام التقنين القديم، والتي لم ينقض بعد أجل الاسترداد المشروط فيها. لأن القاعدة أنه لا يجوز للمشرع بقانون جديد أن يمس المراكز القانونية للأشخاص، إذا كانت هذه المراكز قد تحددت بعقود صحيحة تمت وفقا لأحكام التشريع المعمول به وقت انعقادها، وإلا أدي هذا إلي الإخلال بالأمن المدني وبالاستقرار الواجب أن يسود المعاملات القانونية بين الأفراد (محمد كمال عبد العزيز ص٣٦٨–أنور سلطان ص٣٨٤)

بيـــع مـــلك الغيـــر

وتنص المادة ٤٦٦ من القانون المدني على أن " إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع علي عقار، سجل العقد أو لم يسجل.

وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد ".

- **المقصود بيع ملك الغير** :

بيع ملك الغير هو المبيع الذي يبيع فيه شخص شئ معين بالذات لا يملكه. ويعرفه البعض بأنه بيع عيني معينة بالذات غير مملوكة للبائع متى قصد به نقل الملكية في الحال إلي المشتري مقابل ثمن نقدي . (محمد كمال عبد العزيز ص٤١٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت الواقعة التي لا نزاع فيها بين طرفي الخصوم هي أن المدعي عليه تبادل في أطيان مع المدعية (مصلحة الأملاك) فأعطاها فيما أعطي أرضا تبين لها وقت التسليم أنه كان قد تصرف فيها بالبيع منذ ثلاث سنوات سابقة علي البدل، فهذه الواقعة هي بيع من غير مالك. وإذن فدعوى المطالبة بقيمة الأطيان الناقصة يجب أن يكون أساسها التضمين عن بيع ملك الغير. ولكن إذا كان المفهوم من الحكم أنه قد اعتبر الدعوى من أحوال الاستحقاق فطبق فيها المادة ٣١٢ مدني وقضي بإلزام المدعى عليه بقيمة ما نقض من مقابل البدل فإن هذا الحكم يكون خاطئا في السبب القانوني الذي بني عليه إلا أن هذا الخطأ لا يقبل الطعن به مادامت النتيجة التي انتهي إليها الحكم صحيحة، إذ أن المادة الواجبة التطبيق (وهي المادة ٢٦٥) تنص علي إلزام البائع بالتضمينات، وهذه لا يمكن أن تكون أقل من الثمن المدفوع وقت التعاقد" (طعن رقم ٤٥ لسنة ٩ق جلسة ١٩٤٠/٣/١٤)

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن "إذ تنص الفقرة الأولي من المادة ٤٦٦ من القانون المدني، علي أنه إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، جاز لمن قام بشراء هذا الشئ أن يطلب إبطال البيع. ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع

علي عقار سجل العقد أو لم يسجل. وكانت فقرتها الثانية تقضي بأن هذا البيع لا يكون ساريا–في كل حال–في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز مشتريها العقد، وكانت الفقرة الأولي من المادة ٤٦٧ من هذا القانون، تقضي بأنه إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحا في حق المشتري، كما تقضي فقرتها الثانية بأن البيع ينقلب كذلك صحيحا في حق المشتري، إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد، وكانت الأحكام السابق بيانها، التي نظم بها القانون المدني بيع ملك الغير، تدل في مجموعها علي أن البيع يكون كذلك، كلما باع شخص عينا معينة بذاتها لا يملكها حين العقد، إذا قصد بالبيع نقل ملكيتها في الحال، وإذ كان من المقرر أن بيع العين علي هذا النحو، لا يعتبر موقوفا علي إجازة مالكها أو إقراره، وإلا كانت آثاره جميعها متوقفا سريانها علي هذه الإجازة، ومتراخية–حتى فيما بين المتعاقدين–إلي حين تمامها، حال أن بيع ملك الغير وفقا لقواعد القانون المدني، لا يعتبر كذلك، إذ ينتج هذا العقد أثره في الحال، كالشأن في كل عقد قابل للإبطال" (الدعوى رقم ٤ لسنة ١٥ق "تنازع" جلسة ١٩٩٤/١٢/٣)

ويستخلص مما تقدم أنه لابد من توافر عدة شروط حتى يمكن تطبيق الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير وهذه الشروط هي: ١)أن يكون الغرض من التصرف هو نقل الملكية من البائع إلي المشتري في مقابل ثمن نقدي: فيجب أن تتجه إرادة كل من البائع والمشتري إلي نقل الملكية. وإلي أن يكون العقد بيعا لا وعدا بالبيع فإذا لم يكن العقد بيعا، فإنه لا يمكن تطبيق الأحكام الخاصة ببيع ملك الغير. ٢)أن يكون المبيع غير مملوك للبائع ولا للمشتري: يجب لتحق بيع ملك الغير، أن يكون المبيع غير مملوك لا للبائع ولا للمشتري. لأن المبيع إذا كان مملوكا للبائع كان البيع صحيحا، وإذا كان مملوكا للمشتري وأقدم علي الشراء جاهلا ملكيته له، فإن البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة، إذ يستحيل علي الكافة نقل الملكية شئ إلي من هو مالك له فعلا (أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص١٥٥) وبيع ملك الغير أمر نادر، ومثال ذلك أن يبيع الزوج أحد أموال زوجته دون أن يكون موكلا منها في ذلك، أو أن يبيع الوصي مالا مملوكا للقاصر علي أنه ملكه. أو يبيع الغاصب ما اغتصب. ٣)أن يكون المبيع قيميا معينا بالذات: فإذا كان المبيع من المثليات لم يعتبر البيع بيعا لملك الغير ولو كان البائع لا يملك وقت

البيع أي قدر من المبيع لأنه لا يمكن القول في هذه الحالة أن المبيع مملوك للغير وهو ما يشترطه المشرع لإبطال البيع فلا يكتفي بأن يكون المبيع غير مملوك للبائع وقت البيع وكذلك الشأن بالنسبة إلي بيع الأشياء المستقبلة أو الأشياء الموصي بصنعها لأنها وهي لم توجد وقت العقد لا يمكن نسبة ملكيتها وقت البيع إلي غير البائع ولكن متى كان المبيع مملوكا وقت البيع لغير البائع فإنه يستوي أن يكون المبيع عقارا أو منقولا (شنب بند ٥٠-السنهوري ص٢٧٢-محمد كمال عبد العزيز ص٤٢٠)، وإذا كان المبيع عقار يستوي أن يكون البيع مسجلا أم غير مسجل.

- **الآثار التي ترتب علي بيع ملك الغير** :

يترتب علي العقد فيما بين طرفيه كافة الآثار التي يرتبها عقد البيع فيستلزم البائع نقل الحق المبيع إلي المشتري وأن كان لا يمكن تنفيذ هذا الالتزام جبرا ما بقي البائع غير مالك، كما يلتزم البائع بتسليم المبيع وبعدم التعرض الغير كما يضمن العيب الخفي، ويلتزم المشتري بدفع الثمن وتكاليف المبيع ونفقات العقد وباستلام المبيع، مع ملاحظة أن للمشتري حبس الثمن بمجرد أن ينكشف أن المبيع غير مملوك للبائع ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي . (منصور بند ١١٣-م رقص بند ٢٩١- محمد كمال عبد العزيز ص٤٢١)

أما بالنسبة إلي المالك الحقيقي فإن عقد البيع غير نافذ في حقه حيث تنص المادة ٤٦٦ مدني في فقرتها الثانية علي أنه "وفي كل حال لا يسرب هذا البيع في حق المالك لعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد" فالمالك الحقيقي يعتبر من الغير بالنسبة لعقد البيع الذي تم بين البائع والمشتري. ويترتب علي ذلك أنه لا يستطيع أي من طرفي العقد أن يرتب في ذمته أية حقوق أو يحمله بأية التزامات.

كما يترتب علي كون البيع لا ينتج أية آثار بالنسبة للمالك أنه إذا كان المشتري قد وضع يده علي المبيع، فإنه يكون للمالك أن يسترده، عن طريق دعوى الاستحقاق، باعتباره مالكا مع مراعاة أن من المحتمل أن يتمسك المشتري قبله بقاعدة الحيازة علي ما سنرى. كما يترتب علي كون المالك من الغير بالنسبة للعقد، أنه لا تكون له إجازة (تأييد) البيع، ولا يكون له أن يطلب البطلان، وإنما يكون له مع ذلك أن "يقره" (يجيزه) **ratifier**، فيسري في حقه وينقلب بذلك صحيحا في حق المشتري، ويتحقق سريانه في مواجهة المالك من وقت صدور العقد، بأثر رجعي، مع

مراعاة حقوق الغير التي رتبها المالك في الفترة بين العقد وصدور الإقرار، ألا يضر إقرار المالك بالحقوق التي اكتسبها الغير علي المبيع فتسري في مواجهة المشتري متى توافرت شروط سريانها، ولا يكون لهذا الأخير إلا الرجوع بالضمان علي من باع له. وكل هذا مع مراعاة أحكام التسجيل . (توفيق حسن فرج ص١٢٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن "أنه وإن كان لا يجوز إبطال بيع ملك الغير إلا للمشتري دون البائع له إلا أن المالك الحقيقي يكيفه أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف في حقه أصلا إذا كان العقد قد سجل أما إذا كانت الملكية مازالت باقي لمالك الحقيقي لعدم تسجيل عقد البيع فإنه يكفيه أن يطلب طرد المشتري من غيره لأن يده تكون غير مستندة إلي تصرف نافذ في مواجهته، وأن يطلب الريع عن المدة التي وضع المشتري فيها يده علي ملك غير البائع له. إذ كان ذلك، وكان هذا هو عين ما طلبه الطاعنون في الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض طلباتهم علي أساس أنه كلن يتعين عليهم أن يطلبوا الحكم باسترداد العقار أولا دون أن يتصدي لبحث عناصر دعواهم وما إذا كانت ملكيتهم للقدر المطالب بطرد المطعون ضده منه وبريعه ثابتة من عدمه فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب" (الطعن رقم ٩٨ لسنة ٤٦ق جلسة ١٩٧٩/١/٢٤)، وبأنه "تنص المادة ٤٦٦ من القانون المدني في فقرتها الأولي علي أنه "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال العقد"، كما تقضي الفقرة الثانية بعدم سريان هذا المبيع في حق المالك للعين المبيعة، وإذ كان الطاعن قد أقام دعواه أمام محكمة أول درجة طالبا الحكم بإبطال عقد البيع الصادر من المطعون عليه الأول إلي المطعون عليهما الثاني والثالث استنادا إلي أن الأطيان المبيعة ملك الطاعن دون البائع وتمسك الطاعن في صحيفة دعواه بنص المادة المذكورة بفقرتيها، فإن التكييف القانوني السليم للدعوى هو أنها أقيمت بطلب الحكم بعدم سريان العقد محل النزاع في حق الطاعن، وإذ كيف الحكم المطعون فيه الدعوى بأنها دعوى إبطال عقد البيع وذهب إلي أن طلب عدم سريان البيع بالنسبة للطاعن هو طلب جديد لا يقبل في الاستئناف لعدم تقديمه إلي محكمة الدرجة الأولي فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٣٩ق جلسة ١٩٧٧/١١/١٠)، من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمالك الحقيقي أن

يطلب طرد المشتري من ملكه، لأن يده تكون غير مستنده إلي تصرف نافذ في مواجهته كما أن له أن يطلب ريع ملكه من هذا المشتري عن المدة التي وضع يده فيها عليه (الطعن رقم ٢٠٣١ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٥/٣١)، وبأنه "إذا كانت الواقعة التي لا نزاع فيها بين طرفي الخصوم هي أن المدعي عليه تبادل في أطيان مع المدعية (مصلحة الأملاك) فأعطاها فيما أعطى أرضا تبين لها وقت التسليم أنه كان قد تصرف فيها بالبيع منذ ثلاث سنوات سابقة علي البدل، فهذه الواقعة هي بيع من غير مالك. وإذن فدعوى المطالبة بقيمة الأطيان الناقصة يجب أن يكون أساسها التضمين عن بيع ملك الغير. ولكن إذا كان المفهوم من الحكم أنه قد اعتبر الدعوى من أحوال الاستحقاق فطبق فيها المادة ٣١٢ مدني وقضي بإلزام المدعى عليه بقيمة ما نقص من مقابل البدل فإن هذا الحكم يكون خاطئا في السبب القانوني الذي بني عليه. إلا أن هذا الخطأ لا يقبل الطعن به مادامت النتيجة التي انتهي إليها الحكم صحيحة، إذ أن المادة الواجبة التطبيق (وهي المادة ٢٦٥) تنص علي إلزام البائع بالتضمينات، وهذه لا يمكن أن تكون أقل من الثمن المدفوع وقت التعاقد" (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٩ق جلسة ١٩٤٠/٣/١٤)

- **إبطال بيع ملك الغير** :

يكون البيع قابلا للإبطال إذا باع شخص عينا معينة بالذات غير مملوكة له إذا قصد بالبيع نقل الملكية في الحال، ويستوي أن يكون البائع عالما بأنه لا يملك المبيع أو يعتقد أنه يملكه كما يستوي أن يكون البيع مساومة أو بيعا قضائيا ويستوي في البيع القضائي أن يكون بيعا جبريا أو اختياريا، ويراعي أن بيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية في الحال سواء سجل أو لم يسجل فيكون هذا البيع قابلا للإبطال قبل التسجيل أو بعده وسواء تم التسجيل بناء علي العقد، أم بناء علي حكم بصحة ونفاذ هذا العقد . (أنور طلبه ص٧١٤)

للمشتري التمسك بإبطال عقد البيع إما عن طريق الدعوى، وإما عن طريق الدفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه بالثمن. وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال فقد ثبت حقه في إبطال البيع. إلا إذا أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم عملا بالمادة ٤٦٧ ولا يجوز للمشتري طلب إبطال البيع إذا كان في

الإمكان نقل ملكية المبيع للبائع، كما لو كان مشتريا للعقار بموجب عقد عرفي، سواء رفعت دعوى بصحته ونفاذه، أم لم تكن قد رفعت، إذ يجوز للمشتري رفع دعوى بصحة ونفاذ عقده والعقد الصادر للبائع له من المالك ويختصم فيها الاثنين معا، إذ يترتب علي التأشير بالحكم في هامش تسجيل الصحيفة انتقال الملكية إلي البائع ومنه إلي المشتري، ومفاد ذلك انتفاء مصلحة المشتري في طلب الإبطال، ويسري ذلك إذا أقر المالك البيع. كذلك إذا كان البائع قد حصل علي حكم بصحة ونفاذ عقده، إذ تنتقل إليه الملكية بالتأشير به في هامش تسجيل الصحيفة، أو تكون المحكمة قد صدقت في دعوى صحة التعاقد المرفوعة من البائع علي الصلح المبرم بينه وبين المالك، أو يكون قد استصدر حكما بصحة توقيع المالك علي عقد البيع المبرم معه، إذ يكفي ذلك لتسجيل البيع ونقل الملكية للبائع . (أنور طلبه ص٧١٥)

- **إجازة المشتري للبيع** :

لما كان حق الإبطال مقرر لمصلحة المشتري فإنه يكون له من ثم أن يتنازل عنه، أي أن يجيز العقد. وهذه الإجازة قد تكون صريحة وقد تكون ضمنية إلا أنه يشترط أن يكون المشتري عالما وقت إجازته للعقد بما يشوبه من عيب، أي أن يكون عالما بأن المبيع مملوك للغير . (محمد شكري سرور ص٤١٨)

ومن أمثلة الإجازة الضمنية قيام المشتري بتنفيذ العقد بمحض إرادته بعد علمه بسبب الإبطال، كأن يقوم بدفع الثمن واستلام المبيع بعد تثبته من أن المبيع مملوك للغير . (أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص١٧٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد. وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فإن عقد البيع يبقي قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعقد" (الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٣/١٤)، وبأنه "بطلان بيع ملك الغير-وعلي ما جرى به قضاء هذه المحكمة-نقرر لمصلحة المشتري، وله دون غيره أن يطلب إبطال العقد، كما له ن يجيزه، وإذا طالب البائع بتنفيذ التزاماته يعد هذا إجازة منه للعقد، ولما كان الطاعن رغم علمه بعدم ملكية المطعون عليهم مورثهم من قبلهم لقطعة الأرض الثانية طلب رفض دعوى فسخ العقد بالنسبة لهذه الأرض، فيكون قد

أجاز العقد ويحق مطالبته بتنفيذ التزاماته الناشئة عنه" (الطعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٣/٤/٢٠)، وبأنه "لئن كان صحيحا أن تسجيل عقد البيع لا ينقل الملكية إلي المشتري إلا إذا كان البائع مالكا لما باعه إلا أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري وحده ولا يسري في حق المالك الحقيقي ولهذا المالك أن يقر البيع في أي وقت فيسري عندئذ في حقه وينقلب صحيحا في حق المشتري. كما ينقلب العقد صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد. فإذا كان الطاعنون –ورثة المشتري في عقد بيع ملك الغير– قد طلبوا ثبوت ملكيتهم استنادا إلي هذا العقد السجل فإنهم يكونون بذلك قد أجازوا العقد ولا يكون بعد لغير المالك الحقيقي أن يعترض علي هذا البيع ويطلب عدم سريانه في حقه. ومن ثم فلا يكفي لعدم إجابة الطاعنين إلي طلبهم أن يثبت المدعي عليهم المنازعون لهم أن البائع لمورث الطاعنين غير مالك لما باعه بل يجب أن يثبتوا أيضا أنهم هو أو البائع لهم الملاك لهذا المبيع إذ لو كان المالك سواهم لما قبلت منهم هذه المنازعة" (الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٣٣ق جلسة ١٩٦٨/٤/١٨)، وبأنه "البيع الصادر من غير مالك أن كان باطلا فإن بطلانه ليس بطلانا أصليا بل أن القانون نص علي صحته إذا أجازه المالك، كما أن عدول المتعاقدين عما تعاقدا عليه جائز، فإذا تمسك المشتري بأن البائع له وأن كان قد سبق أن تصرف في القدر المبيع له إلا أنه قد استرد ملكيته بعدوله عن العقد الذي كان قد تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجازه من كان قد حصل له التصرف أولا، فيجب علي المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتفصل فيه بناء علي أدلة منتجة لحكمها، فإن هي قضت ببطلان عقده، بمقولة أنه صدر من غير مالك دون أن تورد الأدلة علي أن القدر المبيع فيه لم يكن بالذات وقت صدوره مملوكا للبائع وكل ما قالته لا يدحض ما تمسك به المدعى كان حكمها قاصرا في بيان الأسباب متعينا نقضه" (مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عام بند ١٣٤ ص٣٦٧)

وليس للبائع أن يتمسك بإبطال البيع فلم يعط المشرع البائع حق طلب إبطال العقد وإنما قصره علي المشتري وكانت المادة ١٣٨ مدني تنص علي أنه "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"، ومن ثم لا يكون للبائع أن يطالب بالإبطال لمجرد أن المبيع غير مملوك له.

وعلي هذا إذا كان البائع يعلم وقت العقد أنه يبيع ملك غيره. فلا شك أنه لا يستطيع أن يطلب الإبطال.

ولكن إذا كان البائع يعتقد أنه يبيع ملكه فيذهب البعض إلي أن البائع لا يجوز له في أية حالة أن يطلب الإبطال. بينما يذهب البعض الآخر –بحق– إلي أن مقتضي القواعد العامة في الغلط، أن يكون للبائع حق طلب الإبطال إذا كان حسن النية يعتقد أنه يبين ما يملك وتوافرت شروط المادة ١٢٠ مدني، بأن كان هذا الغلط جوهريا أي كان هو الدفع إلي التعاقد بحيث لولاه لما أقدم البائع علي إبرام العقد، وكان المشتري واقعا في نفس الغلط بأن كان يعتقد أن المبيع مملوك للبائع أو كان عالما بأن البائع قد وقع في الغلط أو كان في استطاعته أن يعلم بذلك . (إسماعيل غانم ص٢٥–السنهوري ص٢٩٥)

ولما كان بيع ملك الغير قابلا للإبطال، فإن الحق في إبطاله يسقط إذا لم يتمسك به المشتري خلال ثلاث سنوات من وقت علمه بعدم ملكية البائع للمبيع، عملا بالمادة ١٤٠ من القانون المدني، باعتبار أن المشتري قد وقع في غلط في الواقع باعتقاده أن المبيع مملوك للبائع الذي كان يعلم بعدم ملكيته للمبيع، فإن كان المشتري يعلم بعدم ملكية البائع للمبيع، انتفي الغلط بالنسبة له، وحينئذ ينقضي الحق في الإبطال بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وفقا للقواعد العامة. وإذا تمكن المشتري من تسجيل عقده وتوافر لديه حسن النية انتقلت إليه الملكية بالتقادم القصير إذا استمرت حيازته لمدة خمس سنوات عملا بالمادة ٩٦٩ من القانون المدني . (أنور طلبه ص٧١٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الفقرة الأولي من المادة ٤٦٦ من القانون المدني تنص علي أن "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال المبيع.." وتنص الفقرة الأولي من المادة ١٤٠ من القانون ذاته علي أن "يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات" مما مؤداه أن للمشتري–وخلفه العام من بعده–طلب إبطال عقد البيع إذا تبين أن البائع له لا يملك المبيع وتسقط الدعوى بهذا الطلب بانقضاء ثلاث سنوات" (الطعن رقم ٢٣٨٣ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٦/٨) إذ كان عقد البيع الصادر عن ذات العقار بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٠ إلي مورث المطعون ضدهن "أولا" ممن كان قد باعه إلي

سلف الطاعنة... قد صدر بعد أن كانت الملكية قد انتقلت إلي الطاعنة... بالتقادم الطويل المكسب للملكية قبل صدور هذا العقد وبالتالي يكون قد صدر من غير مالك فلا ينفذ في حقها، ولا يؤثر في ذلك تسجيله بمقتضي المسجل رقم ٣٤٩ لسنة ١٩٩٤ الإسكندرية" (الطعن رقم ١١٥٩٤ لسنة ٦٦ق جلسة ١٩٩٨/٥/٢١)، وبأنه "إذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتد في حق المطعون عليهم الثلاثة الأول-المشترون-بتاريخ إدخالهم في الدعوى بطلب إبطال البيع الصادر لهم من الوصي علي الطاعنة ولم يعتد بتاريخ إيداع صحيفة الدعوى قبل الوصي وآخر لا شأن له بالخصومة ورتب علي ذلك سقوط حقها في طلب إبطال العقد لمضي أكثر من ثلاث سنوات علي تاريخ بلوغها سن الرشد فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا ذلك أن الخصومة في دعوى إبطال البيع في هذه الحالة إنما تدور بين الطاعنة وبين المشترين أصحاب المصلحة الأول في التمسك بالعقد، وإذ كان الأصل في الإجراء القاطع للتقادم أن يكون متعلقا بالحق المراد اقتضاؤه ومتخذا بين نفس الخصوم بحيث إذا اختلف الخصوم لا ينبني عليه هذا الأثر، ومن ثم لا يصلح توجيه الدعوى بطلب إبطال العقد للوصية إجراء قاطعا لتقادمها قبل المطعون عليهم الثلاثة الأول-المشترون-إذ لا يصح أن يضار خصم من إجراء لم يتخذ في مواجهته وإنما اتخذ في مواجهة آخر، ومن المقرر أن البائع فيما يتعلق بقطع التقادم لا بمثل المشتري في الدعاوى اللاحقة للتاريخ الثابت بعقد البيع" (الطعن رقم ١٢٠٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/١٢/١٦)

- **مناط الاحتجاج علي المشتري بحكم عدم النفاذ** :

لا يمثل البائع المشتري منه فيما يقوم علي العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع، وبالتالي فإن الحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة لا يعتبر حجة علي المشتري الذي سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم طالما لم يكن خصما في الدعوى .

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا يمثل البائع المشتري منه فيما يقوم علي العقار المبيع من نزاع بعد تسجيل عقد البيع ومن ثم فالحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة لا يعتبر حجة علي المشتري الذي سجل عقد شرائه

قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم في الدعوى" (الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٦٥/١٠/٢٨).

- **الشفعة في بيع ملك الغير** :

يظل العقد إلي يقضي نهائيا بإبطاله بناء علي طلب المشتري قائما منتجا لآثاره وتثبت فيه الشفعة ثبوتها في كل بيع تم مستوفيا لأركانه ولو حمل سببا لبطلانه ويحل فيه الشفيع محل المشفوع فيه في جميع حقوقه والتزاماته.

وقد قضت محكمة النقض بأن "بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري فما لم يستعمله بالفعل بقي عقد البيع قائما منتجا لأثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها في كل بيع ثم مستوفيا لأركانه ولو حمل سببا لبطلانه ويحب فيه الشفيع محل المشفوع منه في جميع حقوقه والتزاماته لا يملك تعديله أو تبعيض محله، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع علي البائع لا تفريق الصفقة لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضي بالأحقية في الشفعة مقصورة علي بعض المبيع، وحمل قضاءه، علي ما أنبأ به من أن البائعة لا تملك مما بيع غير مساحة... وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع علي ما يملكه الغير مما هو غير جائز إلا بإجازته، ولم يجزه فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (مجموعة أحكام النقض لسنة ٣٠ق ص١٧٣ جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

- **حق المشتري في فسخ البيع** :

وإذا كان لمشتري الخيار بين حقه في إبطال البيع وحقه في فسخه وحقه في الرجوع بضمان الاستحقاق، إلا أنه ليس له أن يجمع بين المطالبة بهذه الحقوق من جهة، وإذا قضي له بأحدها امتنع عليه الرجوع بالأخرى من جهة أخرى، كما أنه إذا رجع بأحدها التزم بالقواعد والإجراءات التي تحكم الحق الذي تمسك به والدعوى التي رفعها به . (محمد كمال عبد العزيز ص٤٢٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لئن أجازت المادة ٤٦٦ من القانون المدني للمشتري في حالة بيع ملك الغير أن يطلب إبطال هذا البيع إلا أنها لم تمنعه من المطالبة بفسخ العقد علي أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بنقل الملكية" (مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٧٧/١/١١)

- **شراء ملك الغير لا يعد بمجرده خطأ يستوجب التعويض عنه** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان الحكم المطعون يفه قد انتهي إلي خطأ الطاعنين الأول والثاني بما أورده بمدوناته (فإذا كان ما تقدم وقام المستأنف عليه الأول-الطاعن الأول-بمخالفة شروط ترخيص بناء هذه الأرض حال كون المستأنفة-المطعون ضدها-آنذاك تعمل بالخارج بالمملكة السعودية مما دعا قلم التنظيم بحي أول طنطا إلي تحرير محضر بتلك المخالفة برقم... قضي فيها بحبس كل منهما ثلاثة أشهر مع الشغل، وحين استأنفت هذه القضاء قضي ببراءتها مما أسند إليها، ثم قام بعد ذلك باغتصاب كامل العقار وتصرف فيه بالبيع لشقيقه المستأنف عليه الثاني-الطاعن الثاني-فحرر له عقدا بذلك مؤرخا ١٩٩٥/٤/١ فاستحصل الأخير بشأنه علي حكم بصحة توقيع المستأنف عليه الأول-الطاعن الأول-كبائع بالدعوى رقم.... لسنة .... كلي مدني طنطا حيث مثل بجلسة ١٩٩٥/٤/٣٠ وأقر قضائيا بصحة توقيعه علي عقد بيعه لكامل العقار لشقيقه المستأنف عليه الثاني-الطاعن الثاني-فباع بذلك ملك غيره علي خلاف الواقع، ثم تمادي في مسلسل اغتصابه لحق المستأنفة-المطعون ضدها-ومنعها من الانتفاع بملكها مما دعاها إلي تحرير محضر بتلك الواقعة تحت رقم... لسنة ... إداري قسم أول طنطا وقد صدر قرار النيابة بتمكينها من الانتفاع وحيازة العقار فكان ذلك مجتمعا من المستأنف عليه الأول والثاني-الطاعنين-خطأ يوجب مسئوليتها عما ينشأ عنه من أضرار أصابت المستأنفة...) وإذ كانت هذه الأفعال التي ساقها الحكم المطعون فيه بمدوناته علي النحو سالف البيان تمثل بحق خطأ في جانب الطاعن الأول إلا أنها لا تعد كذلك بالنسبة للطاعن الثاني، ولا ينال من ذلك قيام الأخير بشراء نصيب المطعون ضدها في عقار النزاع من شقيقه الطاعن الأول، ذلك أن شراء ملك الغير لا يعد بمجردة خطأ يستوجب التعويض عنه" (الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٤/١/٢٧)

- **ولكن بيع ملك الغير يعد طريق من طرق النصب والاحتيال** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "أن مجرد التصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكا للمتصرف ولا له حق التصرف فيه هو ضرب من ضروب الاحتيال التي تتحقق بأي منها وحده جريمة النصب المنصوص عليها في المادة ٣٣٦ من قانون العقوبات" (نقض جنائي ١٩٤٢/١٢/١٩ ج٢ في ٢٥ سنة ص١٠٧٠)

- **طبيعة البطلان المنصوص عليه في بيع ملك الغير** :

اختلفت الآراء حول طبيعة البطلان المنصوص عليها في بيع ملك الغير فيرى الأستاذ سليمان مرقص أن بيع ملك الغير باطل بطلانا مطلقا لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع، ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (conversion) المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني فيتحول بيع ملك الغير طبقا لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فورا إلي بيع منشئ لالتزامات فحسب، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلي ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع، وقد فرض المشرع فرضا غير قابل لإثبات العكس أن البائع انصرفت نيته المحتملة إلي تحول عقد البيع علي هذا النحو، أما انصراف نية المشتري إلي ذلك فمفروض إلي أن يثبت العكس، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلي التحول ويختم الأستاذ سليمان مرقص رأيه بالعبارة الآتية: "وعلي ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير من المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقا تشريعيا لنظرية تحول العقد البطل، تجوز فيها بعض الشئ عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدين المحتملة إلي التحول، إذ فرض فيه انصراف نية البائع المحتملة إلي التحول فرضا غير قابل لإثبات العكس دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري" . (سليمان مرقص في البيع فقرة ٢٨١ ص٤٦٢)

وهذا الرأي يؤخذ عليه أمرين: الأول: أن القول بأن بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلانا مطلقا يتعارض تعارضا واضحا مع صريح نصوص التقنين المدني المصري، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلانا مطلقا. الثاني: أن القول بأن العقد الباطل قد تحول إلي عقد منشئ للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة. فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد–لا بعد ذلك–إلي العقد الجديد بدلا من العقد الباطل. ونية المشتري المحتملة تستعصي علي هذا التأويل، فأما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالا إلي العقد الجديد منذ البداية، فلا يجوز إثبات العكس، وينبغي ألا يجوز تبعا لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع، وإما ألا تكون قد انصرفت إلي العقد الجديد، فلا يكون هناك تحول، وينبغي أن يبقى البيع باطلا

بطلانا مطلقا وهذا ما يتعارض مع النص الصريح. بينما يرى الأستاذ شفيق شحاته أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف فيقول في كتابه "النظرية العامة للتأمين العيني" أنه "وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق بيع ملك الغير، علي أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك، وعدم نفاذ العقد الناقل للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين.

وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلانا مطلقا أو نسبيا، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقدا موقوفا، والعقد الموقوف أثره علي الإقرار الصادر من المالك، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلي المالك، وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان". وهذا الرأي أيضا لا يعتد به ذلك أنه "لو كان بيع ملك الغير عقدا موقوفا، لما أنتج أي أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي، كما تقضي بذلك أحكام الفقه الإسلامي، ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال، شأنه شأن أي عقد قابل للإبطال، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله، ثم إن المشتري يملك الإجازة، والعقد الموقوف في الفقه الإسلامي لا يجيزه إلا المالك الحقيقي.

كما أن نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصري عن الفقه الإسلامي باعتباره مصدرا من مصادر هذا القانون (م١/٢ مدني)، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، ولذلك قد يصح الأخذ بها في مجاوزة الوكيل لحدود الوكالة، فيكون تعاقده موقوفا علي إجازة الموكل، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها، أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعي صريح يجعل بيع ملك الغير عقدا قابلا للإبطال لا عقدا موقوفا، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح. والرأي الراجح عندنا هو رأي الأستاذ السنهوري إذ يرى أن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوفا بل هو عقد قابل للإبطال وهذا ما تؤكده نصوص التقنين المدني الجديد. فقد أجازت للمشتري إبطال ملك الغير (م ١/٤٦٦) وجعلت البيع يتقلب صحيحا في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلي البائع بعد صدور العقد (م ٢/٤٦٧).

كما قضت محكمة النقض بأن "بطلان بيع ملك الغير مقرر لصالح المشتري فما لم يستعمله بالفعل بقي عقد البيع قائما منتجا لآثاره تثبت فيه الشفعة ثبوتها في كل بيع تم مستوفيا لأركانه ولو حمل سببا لبطلانه ويحل فيه الشفيع فيه محل المشفوع

منه في جميع حقوقه والتزاماته لا يملك تعديله وتبعيض محله، ولو تبين أن المبيع كله أو بعضه مملوك للغير مما محله الرجوع علي البائع لا تفريق الصفقة، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قضي بالأحقية في الشفعة مقصورة علي بعض المبيع وحمل قضاءه علي ما أنبأ به من أن البائعة لا تملك مما بيع غير مساحة... وأن البيع فيما خلا ذلك قد وقع علي ما يملكه الغير مما هو غير جائز إلا بإجازته ولم يجزه فلا تجوز الشفعة فيه فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه" (الطعن رقم ٩٦١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ ص١٧٣)، وبأنه "بيع ملك الغير لا ينقل الملكية للمشتري للأخير دون غيره طلب إبطال هذا البيع ولو لم يتعرض له المالك الحقيقي بالفعل برفع دعوى الضمان علي البائع عملا بالمادة ١/٤٦٦ من القانون المدني إلا أن هذا الحق للمشتري لا ينهض له ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقي البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلي المشتري وكذلك في حالة صيرورة البائع مالكا للمبيع بعد العقد وهو ما قننته المادة ٤٦٧ من القانون المدني بفقريتها إذ في هاتين الحالتين زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية إلي المشتري بهذا البيع، مما ينبني عليه ذلك أنه إذا أصبح انتقال الملكية إلي البائع ممكنا فإن إبطال البيع في هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال إذ لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال" (الطعن ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨، الطعن ٥٢٥٧ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٨، الطعن ١١٧٣ لسنة ٥٤ق س٣٩ ج٢ ص٩١٣ جلسة ١٩٨٨/٥/٨، الطعن ١٨٩ لسنة ٣٣ق س١٩ ص٧٨٠ جلسة ١٩٦٨/٤/١٨)، وبأنه "بطلان بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد، وما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان صاحب الحق فيه، فإن عقد البيع يبقي قائما منتجا لآثاره بحيث يكون للمشتري أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ويعد هذا منه إجازة للعمد" (الطعن ٢٤٣ لسنة ٢٨ق جلسة ١٩٦٣/٣/١٤ مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ١٤ ص٢٩٨)، وإذا كان بيع ملك الغير باطل بطلانا نسبيا إلا أن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة، وإنما نشأ من نص تشريعي خاص (السنهوري ص٢٣٣- أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص١٦٦).

- **التمييز بين بيع ملك الغير إدعاء النيابة عن المالك أو مجاوزة حدودها** :

ذلك أنه يشترط ليعتبر البيع بيعا لملك الغير تجرى عليه أحكام المواد ٤٦٦ حتى ٤٦٨ أن يكون المنسوب إليه البيع غير مالك للمبيع وقت البيع سواء ثم البيع أصالة أو بطريق النيابة إذ العبرة بملكية من تنصرف إليه أثار البيع فإذا تم البيع بطريق النيابة سواء كانت هذه النيابة قانونية أو اتفاقية فالعبرة بملكية الأصيل الذي تنصرف إليه آثار العقد فينسب إليه البيع فإن كان مالكا لم تكن بصدد بيع لملك الغير بطريق النيابة فتجرى عليه أحكام النيابة في التعاقد المنصوص عليها في المواد ١٠٤ حتى ١٠٨ فإن كان من باع عن المالك نائبا عنه والتزم حدود هذه النيابة أنصرف أثر العقد إلي المالك الأصيل (مادة ١٠٥) دون النائب الذي يعتبر أجنبيا عن التعاقد إلا بالنسبة لعيوب الإرادة وأثر العلم ببعض الظروف (مادة ١٠٤) .

أما إن كان من باع عن المالك ليس نائبا عنه أو جاوز حدود هذه النيابة فإن البيع لا ينصرف إلي الأصيل إلا إذا أقره يستوي في ذلك علم أو عدم علم أي من المتعاقدين بعدم النيابة أو مجاوزة حدودها لأنه لم يعمل باسمه من جهة ولأن نية الطرفين لم تنصرف من جهة أخرى إلي أن يكون التعاقد لحسابه.

وهكذا لا تترتب أثار البيع سواء بالنسبة إلي المالك أو بالنسبة لمن أدعى النيابة عنه أو جاوز حدودها ولا يكون للمشتري سوى الرجوع علي هذا الأخير بتعويض الأضرار التي أصابته من جراء عدم نفاذ العقد ويشترط لذلك ألا يكون عالما بانعدام النيابة أو بمجاوزة حدودها ولكن هذا الرجوع لا يكون علي أية حال علي أساس العقد وأن اختلف الرأي بين القول بتأسيسه علي الخطأ التقصيري، أو الخطأ عند تكوين العقد أو التعهد عن الغير وتظهر أهمية التمييز بين بيع ملك الغير وبين ادعاء النيابة عن المالك أو مجاوزة حدودها في اختلاف الأحكام التي تسري علي كل منهما ذلك أنهما وأن كانا يتفقان في أن البيع يعتبر غير نافذ في حق المالك إلا إذا أقره إلا أنهما يختلفان اختلافا أساسيا في أحكامهما سواء في حالة إقرار المالك للبيع أو في حالة عدم إقراره له. في حالة إقرار المالك للبيع بالنيابة، يكون لإقراره أثر رجعي في حقه من جهة وتقوم علاقة البيع مباشرة بينه وبين المشتري من جهة أخرى إذ تنصرف إليه كافة أثار العقد من تاريخ إبرامه ولا يرتب العقد من جهة ثالثة أي أثر في حق النائب في حين أن إقرار المالك في بيع ملك الغير لا يرتب أثره في

ذمته إلا من تاريخ صدوره فلا يكون له أثر رجعي، ولا ينشئ طبقا للرأي السائد علاقة مباشرة بين المالك وبين المشتري فلا تنصرف أثار العقد إلي المالك إذ يقتصر أثره علي إزالة العقبة التي كانت تحول دون نقل الملكية، ويبقي العقد منتجا أثاره في علاقة المشتري والبائع غير المالك فيكون لكل منهما مطالبة الآخر بالتزاماته الناشئة عن العقد وكذلك الشأن في حالة عدم إقرار المالك للبيع إذ في حالة البيع بالنيابة فلا يخوله حقوق البائع ولا يلقي عليه التزاماته فلا يكون له المطالبة بالثمن لشخصه ولا يكون عليه تنفيذ الالتزام بالتسليم أو ضمان التعرض أو الاستحقاق أو العيوب وأن جاز إلزامه بالتعويض علي التفصيل السالف ولا يكون للمشتري في علاقته بالنائب طلب إبطال العقد لأنه لا يوجد تعاقد بينه وبين شخص الأخير، أما في بيع ملك الغير فإن الأمر علي العكس تماما إذ يظل العقد قائما نافذا بين طرفيه فيخول البائع مطالبة المشتري بالثمن ويحمله الالتزام بالتسليم وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب كما يحمله الالتزام بنقل الملكية الذي يستطيع تنفيذه عن طريق الحصول علي إقرار المالك الحقيقي للبيع. كما يكون للمشتري طلب إبطال البيع ولو كان يعلم بعدم ملكية البائع ولكن حتى يقضي بهذا البطلان يظل العقد قائما منتجا أثاره علي النحو السالف . (راجع فيما تقدم محمد كمال عبد العزيز ص٤٢٠–السنهوري ص٦٥٠).

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كانت الوصية حين تصرفت ببيع الأطيان المملوكة للطاعنة إنما كان ذلك باعتبارها نائبة عنها نيابة قانونية تحل فيها إرادتها محل إرادة الأصيل–القاصر–مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلي هذا الأخير كما لو كانت قد صدرت منه لا يغير من ذلك إلا تكون قد استأذنت محكمة الأحوال الشخصية للولاية علي المال في هذا التصرف إذ لا يعتبر تصرفها مع ذلك مجاوزا لحدود تلك النيابة كما لا يعتبر بيعا لملك الغير الذي يصدر من غير مالك، لما كان ذلك فلا تثريب علي الحكم المطعون فيه إن هو التفت عن دفاع الطاعنة بعدم نفاذ العقد في حقها استنادا إلي قواعد بيع الغير أو لتجاوز النائب حدود نيابته لأنه دفاع لا سند له من القانون مما لا يعيب الحكم إغفال الرد عليه" (الطعن ١٢٠٧ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٠/١٢/١٦)

وتنص المادة ٤٦٧ مدني على أن " إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري.

وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد " .

- **إقرار المالك الحقيقي للبيع** :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ مدني على أنه "إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري" . فيتضح من نص هذه الفقرة أن المالك الحقيقي له أن يقر البيع بالرغم من أنه أجنبي عنه.

ويترتب على ذلك سريان البيع في حقه. ولا يفتقر أثر هذا الإقرار على تصحيح العقد فيما بين طرفيه أو على سقوط حق المالك في الادعاء بحق على المبيع يتعارض مع الحقوق التي كسبها المشتري بموجب العقد وإنما هو يجاوز ذلك إلى زوال العقبة التي كانت تمنع من نقل الملكية إلى المشتري. وتنقلب العقد صحيحاً في حق المشتري من وقت صدوره؛ أي أن لإقرار المالك الحقيقي كما لإجازة المشتري في هذا الشأن أثر رجعياً. ويسري العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار، فلا تنتقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير، ويترتب على ذلك أنه إذا كان المالك الحقيقي قد رتب حقاً عينياً على المبيع قبل إقراره للبيع، انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذا الحق، وجاز للمشتري أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق الجزئي. وإذا ما انقلب العقد صحيحاً بإقرار المالك الحقيقي، بقي مرتباً لالتزاماته، فيكون البائع ملتزماً بنقل الملكية وقد انتقلت فعلاً بإقرار المالك، ويكون ملتزماً كذلك بضمان الاستحقاق كما إذا كان المالك قد رتب حقاً عينياً على البيع قبل إقراره للبيع، وملتزماً بضمان العيوب الخفية؛ أما المشتري فيكون ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسلم المبيع. (السنهوري ص٢٤٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان أحد ملاك العقار المبيع قد وقع على عقد البيع بصفته وكيلاً عن باقي الملاك وثبت أنه لم تكن له صفة النيابة عنهم وقت إبرام التعاقد وأنه تصرف بغير علمهم في حصصهم في البيع فإنهم متى أقروا البيع فإن العقد يسري في حقهم عملاً بالمادة ٤٦٧ من القانون المدني"

(١٩٦٧/١٢/٢٨ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٨ ص١٩٣٢)، وبأنه "إذا دفع بأن الشفيع لا يملك العين التي يشفع بها لأن العقد الذي يستند إليه في تملكها لم يصدر من مالكها بل من وكيل عنه كان قد عزله بكتاب مسجل سابق على تاريخ البيع المدعى، وقضت المحكمة للشفيع بالشفعة بناء على أنه مالك فعلاً فلا تثريب عليه في ذلك إذ حتى لو صح أن العقد كان صدراً من وكيل معزول فإن بطلانه لا يكون إلا نسبياً ولهذا فالعيب الذي يشوبه لا يمنع انتقال الملك حتى يتقدم من شرع البطلان لمصلحته ويطلب إبطاله والمشفوع منه لا شان له بهذا البطلان" (١٩٤٤/٦/٨ مجموعة القواعد القانونية في الـ ٢٥ عام بند ٤٣ ص٧١٢)، وبأنه "لا يشترط وفقاً لحكم المادة ٤٦٧ من القانون المدني لصحة الإقرار الصادر من المالك في بيع ملك الغير أن يكون بمقابل" (الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٦٧ق جلسة ١٩٩٩/٢/٢)، وبأنه "إذ كان يبين من مدونات الحكم الابتدائي أن الطاعن تمسك في دفاعه بإجازة المرحوم ... المالك الأصلي للتصرف الصادر من المرحومة ... ببيع المنزل المملوك له إلى الطاعن وقدم الأوراق التي استند إليها في خصوص تلك الإجازة في تاريخ لاحق للورقة المنسوبة لها والتي تقر فيها بصورية البيع الصادر لها من المالك الأصلي، وكان مقتضى الأثر الناقل للاستئناف أنه يتعين على محكمة الاستئناف أن تفصل في كافة الأوجه التي يكون المستأنف عليه قد تمسك بها أمام محكمة أول درجة متى كان الحكم المستأنف عليه قد تمسك بها أمام محكمة أول درجة متى كان الحكم المستأنف قد انتهى إلى القضاء له بطلباته كلها وكان لم يثبت تخليه عن هذه الأوجه، فإن محكمة الاستئناف وقد رأت إلغاء الحكم الابتدائي الذي قضى لمصلحة الطاعن بصحة التعاقد موضوع النزاع، كان لزاماً عليها الفصل في دفاعه المشار إليه والذي لم يتعرض الحكم الابتدائي لبحثه مادام لم يقدم المطعون عليهم ما يفيد نازل الطاعن عنه صراحة أو ضمناً ولا يبين ذلك من مدونات الحكم المطعون فيه، وإذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه لم يشر إلى هذا الدفاع ولم يرد عليه، وكان هذا الدفاع جوهرياً قد يتغير بحقيقة وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم يكون معيباً بالقصور في التسبيب" (الطعن رقم ٤٤٧ لسنة ٤٥ق جلسة ١٩٧٨/١٢/١٤)

- **ولا يشترط أن يكون إقرار المالك صريحاً قد يستفاد ضمناً من ظروف الحال كأن يوقع على عقد البيع باعتباره ضامناً متضامناً مع البائع** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان الطاعنون قد استندوا في إجازة المطعون عليهما الأولين للعقد موضوع الدعوى على حضورهما في الدعوى رقم .... وتقديمهما لمذكرة فيها وعدم منازعتهما في صحة البيع، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم حصول تلك الإجازة تأسيساً على ما قدمه المطعون عليهما الأولون من مستندات رسمية تدل على هدم حضورهما في تلك الدعوى وعدم تقديمهما لأية مذكرات فيها، وكانت أوراق الطعن قد خلت مما يفيد تمسك الطاعنين أمام محكمة الموضوع بأن سكوت المطعون عليهما وعدم حضورهما يعتبر إجازة ضمنية فإن ما ينعاه الطاعنون يكون سبباً جديداً لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض" (**١٥/١٢/١٩٧٧** مجموعة أحكام النقض لسنة **٣٠** ص**١٨١**) وبأنه "توقيع المالك على عقد البيع الصادر من زوجته كضامن متضامن لا يمك تأويله إلا بأنه إقرار لهذا البيع، وخصوصاً إذا كان قد ورد في هذا العقد وصفه كبائع مع زوجته، وكان هو لم يعارض في دعوى صحة التعاقد التي أقامها الصادر له العقد وحكم فيها بصحة التعاقد ونفذ هذا الحكم وتسلم المشتري، وإذن فمن الخطأ ألا يعتبر الحكم مثل هذا التوقيع إقراراً للبيع بمقولة أن الإجازة الصادرة من المالك الحقيقي في حدود المادة **٣٦٤** مدني (قديم) والتي بمقتضاها يصحح العقد يجب أن تصدر من المالك في صيغة إجازة صريحة" (**٢٠/٤/١٩٥٠** مجموعة القواعد القانونية في الـ **٢٥** عام بند **١١٥** ص **٣٦٧**)

- **انتقال الملكية إلى البائع بعد صدور العقد** :

رأينا أن الفقرة الثانية من المادة **٤٦٧** مدني قد نصت على أنه "وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد". فنلاحظ من نص هذه الفقرة عقد بيع ملك الغير يصبح صحيحاً أيضاً إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد. ذلك أنه إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع كأن ورث البائع المالك الحقيقي أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك – وهو يزال ملتزماً بنقل الملكية لأن المشتري لم يتمسك بعد بإبطال البيع، فإن هذا الالتزام ينفذ فوراً مادام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه، وهو انعدام الملكية عند البائع،

قد زال وأصبح البائع مالكاً، ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري- بعد التسجيل في العقار - بمجرد أيلولتها للبائع. ومتى أصبح المشتري مالكاً للمبيع، لم يعد هناك محل إبطال البيع؛ لأن الإبطال تقرر لحماية المشتري وقد أصبح الآن في غير حاجة لهذه الحماية، فينقلب البيع صحيحاً، وذلك بحكم القانون لا بحكم الإجازة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان عقد البيع يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وكان بيع ملك الغير لا يؤدي لذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه فقد أجاز المشرع في المادة ١/٤٦٦ من القانون المدني للمشتري دون غيره طلب إبطال هذا البيع من غير أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي فعلاً برفع دعوى الضمان على البائع إلا أن هذا الحق للمشتري لا ينهض ما يبرره إذا ما أقر المالك الحقيقي البيع حيث يترتب عليه نقل الملكية منه إلى المشتري وكذلك في حالة صيرورة البائع مالكاً للمبيع بعد العقد. وهو ما قننته المادة ٤٦٧ من القانون المدني بفقرتيها إذ في هاتين الحالتين زال العائق الذي كان يحول دون نقل الملكية إلى المشتري بهذا البيع، مما ينبني عليه كذلك أنه إذا أصبح انتقال الملكية إلى البائع ممكناً فإن إبطال البيع في هذه الحالة يتعارض مع المبدأ القاضي بتحريم التعسف في استعمال حق الإبطال إذا لم يعد للمشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال" (الطعن رقم ٣٥٥٢ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨)، وبأنه "إذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن البائع وإن كانت ملكية المبيع لم تنتقل إليه إلا أنه كان قد أقام ضد البائع له الدعوى رقم .... بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر إليه وقضى فيها بإلحاق عقد الصلح المبرم بين الطاعن والبائع له بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه وجعله في قوة السند التنفيذي فإن انتقال الملكية إليه قد بات ممكناً وذلك حسبه في إثبات زوال المانع من تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المطعون ضدهما وبالتالي لم تعد لهما مصلحة في التمسك بإبطال عقد البيع الصادر إليهما من الطاعن لمجافاة ذلك لما يوجبه حسن النية في المعاملات ولتعارضه مع مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق" (الطعن رقم ٣٥٥١٢ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٦/٤/١٨)، وبأنه "من المقرر تطبيقاً لنص المادتين ٤٦٦، ٤٦٧ من القانون المدني أن بيع ملك الغير غير نافذ في حق المالك الحقيقي الذي لم يجزه وأن بطلانه مقرر لمصلحة المشتري وحده فلا يكون لغيره أن يطلب إبطاله وطالما لم

يطلب البطلان صاحب الحق فيه فإن عقد البيع يبقى قائماً منتجاً لآثاره بين طرفيه بل وينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ومن ثم فإن مقتضى تمسك المشتري بقيام العقد في بيع ملك الغير أن يظل العقد صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية بين المتعاقدين ومن بينها التزام البائع بضمان عدم التعرض وهو التزام أبدي لا يسقط عنه فلا يقبل من هذا البائع إذا ما تملك المبيع بطريق الإرث بعد إبرام العقد أن يطلب في مواجهة المشتري ثبوت هذه الملكية وتسليمه المبيع لما في ذلك من مناقضة وإخلال بالتزامه بالضمان" (الطعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٦، الطعن رقم ١١٧٣ لسنة ٥٤ق جلسة ١٩٨٨/٥/٨، الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٥، الطعن رقم ٨٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/٧)، وبأنه "مؤدى ما نصت عليه المادتان ٤٦٦، ٤٦٧ من القانون المدني في شأن بيع ملك الغير أن البيع لا يسري في حق مالك العين ولا يترتب عليه نقل الملكية للمشتري ولو وقع على عقار سجل العقد أم لم يسجل ولو أجاز المشتري العقد إلا إذا أقر المالك المبيع أو آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد" (الطعن رقم ٨٠٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٢/١١/٧)

- **حكم انتقال ملكية المبيع للكفيل المتضامن** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "الكفيل المتضامن يعتبر في حكم المدين المتضامن من حيث جواز مطالبة الدائن له منفرداً دون التزام بالرجوع أولاً على المدين أو حتى مجرد اختصامه في دعواه بمطالبة الكفيل ومن ثم فإنه متى كان محل البيع عيناً معينة حق للدائن أن يضع يده عليها مادامت مملوكة للمدين البائع وقت البيع أو آلت ملكيتها إليه أو إلى ضامنه بعده طالما أنه لم يكن لأحد غيرهما أي حق عيني عليها فإذا ضمن الكفيل للمشتري نقل ملكية العين التي اشتراها ثم تملك الضامن هذه العين بعقد صادر له من بائعها فإنه يكون للمشتري بمقتضى هذا الضمان أن يطالب الضامن بهذه العين بعد أن آلت إليه ملكيتها لأنه متى صحت الكفالة لا تبرأ ذمة الكفيل المتضامن من التزامه نحو الدائن إلا بانقضاء هذا الالتزام بإحدى وسائل الانقضاء التي حددها القانون ومن ثم لا يقبل من الكفيل أن يواجه الدائن بما ينطوي على إنكار حقه في اقتضاء الوفاء منه بحجة أنه أصبح شخصياً

المالك للشيء محل الالتزام دون المدين الأصلي سواء كان هذا الإنكار صريحاً في صورة دفع لدعوى الدائن التي يطالبه فيها بالوفاء أو ضمناً في صورة دعوى يرفعها هذا الكفيل ضد الدائن بثبوت ملكيته لهذا الشيء ما يعني معارضة حق الدائن، إذ أن من التزام بالضمان امتنع عليه التعرض ومن يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه" (الطعن رقم ٥٠٨٣ لسنة ٦٣ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٩)

وتنص المادة ٤٦٨ مدني على أن " إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية" .

- **حق المشتري في المطالبة بالتعويض** :

للمشتري فضلاً عن المطالبة بالإبطال إذا كان البيع وارداً على شيء غير مملوك للبائع أن يطالب أيضاً بالتعويض ويشمل التعويض ما لحقه من ضرر وما فاته من كسب . وتنص المادة ٤٦٨ من التقنين المدني على أنه "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية".

ولا يشترط لتطبيق الحكم المنصوص عليه في المادة ٤٦٨ مدني سوى أن يكون المشتري حسن النية، أي أنه يجب ألا يكون المشتري عالماً بعدم ملكية البائع للمبيع. فلو كان المشتري عالماً بعدم الملكية للبائع، فلا يحق له المطالبة بالتعويض وفقاً لما تنص عليه المادة ٤٦٨ مدني، غير أن ذلك لا يمنع المشتري وفقاً لما أسلفنا من المطالبة بالإبطال فإذا كان المشتري عالماً بعدم ملكية البائع للمبيع وطالب بالبطلان، وقضى له به، فله أن يسترد ما أدى من ثمن، فالقاعدة أنه يجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد إذا ما قضي ببطلانه. (محمد علي عمران وأحمد عبد العال ص١٢٠)

ولا يشترط في جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع سيء النية، أي أن يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له. فحتى لو كان البائع حسن النية، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع، لم يمنع ذلك من جواز أن يطالب المشتري بتعويض على النحو المتقدم. وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدني إذ تقول "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع، فله أن

يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية" ومصدر التعويض، بعد إبطال البيع، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه، فقد زال بالإبطال، وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حال سوء نية البائع إلى الخطأ التقصيري. وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد (culpa in contrahen-do) كما يجوز القول هنا بتحول العقد، فيتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض، على أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الإلزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيبطل.

وقد قضت محكمة النقض "بطلان عقد بيع ملك الغير مقرر لمصلحة المشتري ومن ثم فيكون له دون غيره أن يطلب إبطال العقد وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال وتجعله صحيحاً فيما بين العاقدين، أما بالنسبة للمالك الحقيقي فيجوز له إقرار هذا البيع صراحة أو ضمناً" (الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٩٠/٧/٢٥، الطعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٤٩ق س٣٤ ص١٠٢٢ جلسة ١٩٨٣/٤/٢٠، الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٢٨ق س١٤ ص٢٩٨ جلسة ١٩٦٣/١/٤)، وبأنه "شراء ملك الغير عدم اعتباره بمجرده خطأ يستوجب التعويض عنه" (الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠٤/١/٢٧)

- **سقوط الحق في التعويض** :

يسقط الحق في التعويض إذا سقط الحق في طلب الإبطال بالتقادم، ذلك أن التعويض تابع للإبطال. وهذا واضح من نص المادة ٤٨٦ التي تقرر أنه: "إذا حكم للمشتري بإبطال البيع... فله أن يطالب بتعويض..." فهي تفترض أن التعويض تبعي للإبطال. (إسماعيل غانم ص٢٥، خميس خضر ص٢٩٨، عبد المنعم البدراوي ص٥٨٥)

بيع الحقوق المتنازع عليها

تنص المادة ٤٦٩ من القانون المدني على أن " إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي ".

- **أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها** :
- **مناط اعتبار الحق متنازعاً فيه** :

لقد بينت المادة ٢/٤٦٩ مدني بأن الحق يعتبر متنازعاً فيه "إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي". ومن هذا النص نتبين أن الحق يعتبر متنازعاً فيه في حالتين: ١- حالة "ما إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى" : فلابد أن تكون هناك دعوى تتعلق بموضوع الحق أو أصله، كما إذا تعلق الأمر بإنكار وجود الحق أو إنكار مضمونه ونطاقه، أو ادعاء انقضائه بسبب من أسباب انقضاء الحقوق. فالنزاع إما أن يتعلق بالحق من حيث المبدأ أو بنطاقه أو بانقضائه. (توفيق حسن فرج ص٥٩٨)

وتفريعاً على ذلك فإنه إذا لم يكن النزاع منصباً على أصل الحق أو موضوعه، ولكنه تعلق بموضوع العراقيل في سبيل المطالبة به أو في سبيل مباشرة صاحب الحق لحقه، فإنه لا يعتبر متنازعاً فيه، كما إذا تعلق الأمر بعدم توافر صفة المدعي بالحق في رفع الدعوى أو ببطلان صحيفة الدعوى، أو حصل نزاع على اختصاص المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى، أو دفعت بدفوع شكلية. (توفيق حسن فرج ص٥٩٨)

وتقول محكمة النقض في هذا "أنه يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائماً بشأنه، وقت التنازل عنه، خصومة أمام القضاء، وأن يكون النزاع فيها منصباً على أصل الحق، أي متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بمضي المدة. فكل العراقيل التي تعترض السداد بفعل المدين، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعي، لا يعتبر معها الدين متنازعاً

عليه لأنها غير متعلقة بأصله" (أنظر حكم النقض في ٧ أبريل ١٩٣٨ مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة تحت بيع بند ١٣٨)

وجاء بذات الحكم "إن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعاً عليه بالمعنى المقصود في المادة ٣٥٤ من القانون المدني".

كما قضت أيضاً بأن "إن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعاً عليه بالمعنى المقصود في المادة ٣٥٤ من القانون المدني، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع عليها أن يكون قائماً بشأنه ، وقت التنازل عنه، خصومة أمام القضاء، وأن يكون النزاع فيها منصباً على أصل هذا الحق **Le fond de droit** أي متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو السقوط بفعل المدين. فالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعي، لا يعتبر معها الدين متنازعاً عليه، لأنها غير متعلقة بأصله" (الطعن رقم ٨٢ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٨/٤/٧)، وبأنه "متى كان الحكم قد أثبت أن المدعي لم يشتر إلا مجرد حق متنازع فيه، فإن قضاءه برفض دعواه بالضمان يكون موافقاً لحكم المادة ٣٥٣ من القانون المدني التي تقضي بأن لا ضمان أصلاً على من باع مجرد حق متنازع فيه" (طعنان رقما ١١١ لسنة ١٦ق ، ١٠ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٨/١/١٥)

وطالما ظل موضوع النزاع معروضاً أمام القضاء، فإنه يعتبر متنازعاً فيه، وحتى لو صدر حكم في الموضوع، طالما كان هذا الحكم لم يستنفد طرق الطعن العادية. بل أنه إذا طعن فيه بطرق الطعن غير العادية اعتبر أنه من الحقوق المتنازع فيها. متى قبل الطعن. ٢- حالة ما إذا "قام في شأنه نزاع جدي": ولا يستلزم الأمر في هذه الحالة أن ترفع دعوى في موضوع الحق، وإنما يكفي أن يقوم هناك نزاع جدي، أي ينبغي أن تكون هناك ادعاءات جدية متعارضة بشأن الحق، منصبة على موضوعه، ولكن يجب ألا يكون ظاهرها البطلان. كما يجب "أن يكون ا لتنازع على الحق المبيع قائماً بالفعل".

وتقدير قيام النزاع وجديته، وقيام الظروف والوقائع التي يستخلص منها قيام النزاع من الأمور الموضوعية. أما تكييف الوقائع واستخلاص ما إذا كانت تؤدي إلى اعتبار الحق متنازعاً فيه أم لا، فهو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة النقض. (توفيق حسن فرج ص٥٩٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن المادة ٢٥٧ من القانون المدني، التي تحرم على القضاة وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها، تفيد عبارتها اشتراط أن يكون التنازع على الحق المبيع قائماً بالفعل وقت الشراء ومعروفاً للمشتري، سواء أكان مطروحاً على القضاء أم لم يكن طرح بعد. وإذن فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع ومحتملاً أن ترفع بشأنه دعوى، إن محكمة الموضوع إذ تفصل في وصف كون الوقائع التي أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعاً فيه، إنما تفصل في مسألة قانونية هي توافر ركن من الأركان القانونية لحكم المادة ٢٥٧ من القانون المدني أو عدم توافره. وإذن فإن عملها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض" (الطعن رقم ٨٢ لسنة ٣ق جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦).

وإذا كان القانون قد عرف الحق المتنازع فيه على النحو السابق بأنه هو ما رفعت في موضوعه دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي فإنه قد عمم معنى الحق المتنازع فيه، فقد يكون شخصياً وقد يكون عينياً. ذلك أن نص المادة ١/٤٦٩ نص عام لا يفرق بين هذين النوعين من الحقوق. وبالتالي إذا توافرت المنازعة بالنسبة لأي من هذه الحقوق جاز لصاحبه التنازل عنه للغير طالما لم يحظر القانون أو الاتفاق هذا التنازل كما في عقود الإيجار الخاضعة لقانون إيجار الأماكن إذ يحظر هذا القانون التنازل عن الحق إلا بموافقة المؤجر.

- **استرداد الحق المتنازع فيه** :

بيع الحق المتنازع فيه بنقل الحق كما هو متنازعاً فيه إلى المشتري بدفع الثمن بشرطين: ١- أن يكون الحق المسترد متنازعاً فيه وليس من الضروري أن تكون هناك دعوى مرفوعة بل يكفي أن يقوم نزاع جدي وتلك مسألة يبت فيها قاضي الموضوع، وقد لا يمس النزاع موضوع الحق بل إجراء شكلياً كبطلان الإعلان أو إذا دفع الحق بدفع موضوعي كالدفع بالتقادم، ويعتبر الحق متنازعاً فيه ولو صدر حكم ابتدائي في شأنه حتى يصبح نهائياً فلا يجوز حينئذٍ الاسترداد، أما إذا طعن في هذا الحكم النهائي بطعن غير عادي فيعود الحق متنازعاً فيه ويجوز فيه الاسترداد ويستوي أن يكون الحق شخصياً أو عينياً منقولاً أو عقاراً (أنور طلبة ص٧٣٤). ٢- أن يكون النزول عن الحق بمقابل. فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز

الاسترداد؛ لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أن يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة؛ أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعوض، فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد، وإلا غلبت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق.

ولابد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري؛ فإذا كان النزوع عن الحق من طريق المقايضة، لم يجز الاسترداد؛ لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العوض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العوض والقيمة لا تجزئ عن المثل، وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز الاسترداد. مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين كل منهما يدعي أنه له، ثم إن هذا الحق نفسه ينازع فيه المدين، فلو أن صاحبي الحق المتنازعين اصطلحا فأعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه، فإن المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يحصل على شيء في مقابله. كذلك إذا صاحب الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه، جاز للمدين في الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذي كان له في ذمة صاحب الحق. وإذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بثمن واحد، جاز للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بحصته من الثمن. (السنهوري ص١٦٩)

- **والاسترداد حق مخول للمتنازع ضده وليس للبائع** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٤٦٩ من القانون المدني على أن "إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. ويعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي" يدل على أن المشرع خروجاً على الأصل العام في حرية التصرف إذا كان الحق المتنازع فيه قد تنازل عنه صاحبه إلى الغير أجاز لمن ينازع في هذا الحق أن يسترده من المشتري إذا دفع له

الثمن الحقيقي والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع ومن ثم فإن حق الاسترداد مقرر للمتنازل ضده وهو من ينازع البائع في الحق المبيع وليس مقرراً للبائع" (الطعن رقم ٣٣١٠ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣١، الطعن رقم ١٦٧٤ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٢٥، الطعن رقم ١٢٨٠ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

ورخصة استرداد الحق المبيع من المشتري تعتبر خروجاً على الأصل العام في حرية التصرف إذ يحل المسترد محل المشتري رغم إرادة الأخير والبائع له، وهو استثناء يلتقي مع الاستثناء الوارد في المادة ٨٣٢ الخاصة باسترداد الشريك في المنقول الشائع أو المجموع من المال الحصة المبيعة من شريكه والاستثناء الوارد في المواد ٩٢٦ وما بعدها المتعلقة بحق الشفعة وقد قصد بتقرير رخصة استرداد الحق المتنازع فيه منع المضاربة التي يغلب فيمن يقدم عليها أن يكون من محترفي الشغب القضائي. (إسماعيل غانم ص٢٢٧ و ٢٢٨ – منصور ص٢٦٤، محمد كمال عبد العزيز ص٤٤٠)

وقد اختلف حول ما إذا كان للمتنازل ضده أن يسترد الحق المتنازع فيه في حالة البيوع القضائية؛ إذ يرى البعض وجوب قصر الاسترداد على البيوع الاختيارية ومع ذلك فإن الرأي السائد في الفقه بصفة عامة يتجه إلى إمكان استعمال حق الاسترداد في كافة أنواع البيوع الاختيارية منها والقضائية. ذلك أن تدخل القضاء –كما قيل – لا يقضي على فرص المضاربة. ويمكن أن نضيف إلى ذلك أن نص المادة ١/٤٦٩ لا يفرق بين حالات النزول عن الحق أو بيعه، وما إذا كان ذلك اختياراً أم جبراً، طالما كان الحق المتنازع عليه قد تم النزول عنه في مقابل ثمن، وأن الاسترداد يهدف إلى إنهاء النزاع. (توفيق حسن فرج ص٦٠٦)

- **كيفيــة الاســترداد** :

لا يوجد نص يخضع الاسترداد لشكل معين ولهذا يتعين أن يتم ذلك طبقاً لما تقضي به القواعد العامة. فإذا كان النزاع الجدي مازال قائماً حول موضوع الحق المبيع ولكن لم ترفع دعوى في شأن هذا النزاع أو رفعت وصدر فيها حكم ما زال باب الطعن العادي مفتوحاً فيه وإن لم يرفع الطعن فعلاً ففي هذه الأحوال يكون طلب الاسترداد بإعلان المسترد رغبته في الاسترداد إلى المشتري وينتج الإعلان أثره من وقت الإعلان فإن نازع المشتري في صحة الاسترداد أقام المسترد ضده دعوى

بطلب الحكم بصحة الاسترداد، أما إذا كانت هناك دعوى منظورة بالحق المتنازع فيه فيكون طلب الاسترداد بإعلان المسترد إرادته فيه بتوجيه طلبه إلى المشتري بالشكل الذي تبدى فيه الطلبات في الخصومة. (السنهوري بند ١٠٦ وهامشه، محمد كمال عبد العزيز ص٤٤٣)

ولا يقع الاسترداد بطلب احتياطي، متى كان المدين قد تقدم من قبل بطلب أصلي يتعلق بأصل الحق المتنازع فغيه. فلابد أن يكون الاسترداد بطلب أصلي. وذلك إذا كانت المحكمة لا تختص إلا بصفة احتياطية بطلب الاسترداد، فإنه يتعين عليها أن تفصل أولاً في الطلبات الأصلية المتعلقة بالحق المتنازع فيه، وبذلك تنتهي الخصومة، فلا يكون الاسترداد ممكناً بعد ذلك. وبعبارة أخرى إذا فصل في الطلب الأصلي انتهى النزاع. وهذا يجعل الحق غير متنازع فيه فلا يجوز طلب استرداده. (توفيق حسن فرج ص٦١١ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن " المادة ٣٥٤ مدني (قديم) لا تخول المدين الحق في استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاصلاً بصفة أصلية وبغير منازعة في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس" (نقض مدني ١٩٣٨/٤/٧ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص٣١٧)

كما قضى بأن "ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلباً احتياطياً، بأن يطلب المدين طلباً أصلياً لحكم بعدم صحة الدين أو بانقضائه مثلاً وطلباً احتياطياً باسترداده من المشتري؛ لأن الاسترداد على هذا النحو يكون استرداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقوم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء. هذا إلى أن الطلب الاحتياطي ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة، إذا هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها" (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م٤٩ ص١٥٥)

على أنه إذا كان لا يمكن أن يقع الاسترداد بطلب احتياطي، فإن هذا ينطبق في جميع الحالات، طالما كان طلباً احتياطياً لنزاع يقوم حول أصل الحق. وإذا كان من اللازم أن يتم الاسترداد في صورة طلب أصلي فإنه يمكن أن يتم بالكيفية التي يقضي بها القانون أمام كل محكمة. ويظل الحق في الاسترداد قائماً طالما لم يوضع حد للنزاع. فإذا صدر حكم نهائي في أصل الحق، لا يمكن الاسترداد لتخلف الداعي إليه إذ لا توجد دعوى ولا تمكن العودة إليها. ومع ذلك فإنه لما كان الطعن في

الحكم بطريق غير عادي يعيد الأمر من جديد حتى يظل الحق متنازعاً فيه، فإن الاتجاه السائد يرى أن النزاع يعتبر قائماً طالما كانت الدعوى أمام أي نوع من المحاكم، وبالتالي يمكن طلب الاسترداد إذا ما قبل الطعن بالنقض. (توفيق حسن فرج ص٦١٢ وما بعدها)

ويجب أن يرد المدين للمشتري رداً فعلياً – أو يعرض عرضاً حقيقياً – الثمن وفوائده من وقت الدفع والمصروفات، فإن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا إذا تم هذا الرد أو العرض. ذلك أن نص القانون (م٤٦٩/١ مدني صريح في أن "للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم الدفع"؛ ولأن التخلص من المطالبة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء، والوفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلي أو العرض الحقيقي إذا لم يقبل المشتري الدفع الفعلي أو نازع في صحته، والذي يجب أن يدفع فعلاً أو يعرض عرضاً حقيقياً هو ما يأتي: ١) الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه، وأراد القانون بذكر لفظ "الحقيقي" التحرز من الثمن الصوري الذي قد يذكره المتبايعان في عقد البيع، فيزيدان من الثمن الحقيقي حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعلا الاسترداد أكثر كلفة، وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الثمن المذكور في العقد ليس هو الثمن الحقيقي، وأن يقتصر على دفع الثمن الحقيقي أو عرضه، فوائد. ٢) هذا الثمن من وقت أن دفعه المشتري للبائع والمراد هنا الفوائد بالسعر القانوني – ٤٪ في المسائل المدنية و٥٪ في المسائل التجارية – لتعويض المشتري عن المدة التي بقي فيها محروماً من الثمن لا ينتفع به، وفي مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه، فإن كان ديناً ينتج فوائد تقف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشتري منذ اليوم الذي دفع فيه المشتري الثمن للدائن، وإن كان عقاراً رد المشتري ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده، أما إذا كان الثمن الذي اشترى به المشتري الحق المتنازع فيه مؤجلاً وينتج فوائد؛ فإن المتنازل ضده يتحمل هذا الثمن مؤجلاً كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها، وهذه غير الفوائد القانونية التي أشرنا إليها فيما تقدم، ويلتزم بهذا نحو المشتري، والمشتري يبقى ملتزماً نحو البائع كما سنرى. ٣) مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه، كرسوم التسجيل في العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق

على الإمضاء ورسوم التمغة والسمسرة وأتعاب المحامي وغير ذلك. ويتحمل المسترد أيضاً مصروفات الاسترداد، يدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق إذا كان المشتري هو الذي رفعها على المتنازل ضده، فإن هذه الدعوى قد انقضت دون حكم فتحمل المشتري مصروفاتها فيرجع بها على المتنازل ضده. وكذلك يرد المتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التي قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون الحكم، وذلك فيما إذا كان المشتري قد تحملها، أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها في الثمن الذي باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشتري. (السنهوري ص١٧٠)

- **ولا يجوز التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بأن الحق المبيع متنازع فيه** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "تمسك الطاعن بأن المطعون ضده قد اشترى حقاً متنازعاً عليه هو دفاع يخالطه واقع فلا تجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض" (١٥/٨/١٩٦٧ مجموعة أحكام النقض لسنة ١٨ ج١٥٠٠)

- **آثار الاسترداد** :

إذا استرد المتنازل ضده الحق المتنازع فيه من المشتري، فإن هذا لا يعني أنه أقر بأن الحق ليس له، وكل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد للخصومة القائمة، حتى ينحسم النزاع في أمر لا تعرف مغبته. والاسترداد إذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره: أولاً: في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده. ثانياً: وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع. ثالثاً: وفي العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع.

أولاً: العلاقة بين المشتري والمتنازل ضده: يترتب على الاسترداد حلول المتنازل ضده محل المشتري، فهذا الأخير، في علاقته بالمتنازل ضده، يعتبر أنه لم يتملك الحق أصلاً. وإذا كان الحق يؤخذ من المشتري ليعطى للمتنازل ضده، إلا أن هذا لا يعني أن الثاني خلف للأول. ويترتب على هذا أن جميع الحقوق التي يكون المتنازل له قد رتبها على الحق في الفترة بين والاسترداد، تزول بأثر رجعي، لأن المتنازل له يعتبر أنه لم يكن مالكاً في هذه الفترة. فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً، سقط كل ما رتبه المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع. وتسقط الحجوز التي يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل

ضده إذا كان الحق المتنازل فيه حقاً شخصياً، إذ هي تعتبر واردة على حق ليس للمتنازل إليه ويبرر ذلك أن القول ببقاء هذه الحقوق يتنافى مع الغرض من الاسترداد وهو براءة ذمة المسترد إذا كان مديناً أو خلاص الحق له دون منازعة.

ثانياً: العلاقة بين المشتري والبائع: وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع يبقى البيع قائماً، فلا ينتقض بالاسترداد، وهذا بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام، فهناك يحل المسترد محل المشتري نحو البائع، أما هنا فالاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع، فلا تتأثر بالاسترداد العالقة ما بين المشتري والبائع. ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع، ولا يحل المسترد محل المشتري في هذه الالتزامات، فإن البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته، ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان، بعد أن انتزع المسترد الصفقة من المشتري، وذلك ما لم يكن المشتري يجهل أنه اشترى حقاً متنازعاً فيه، فإن جهل ذلك يرجع على البائع بالضمان والتعويض. (السنهوري ص١٧٢)

ثالثاً: العلاقة بين المتنازل ضده والبائع: قلنا بأن المتنازل ضده يحل محل المشتري، بحيث يصبح وكأنه اشترى مباشرة من المتنازل، فإن العلاقة بين المتنازل ضده والبائع تصير مباشرة. فإذا لم يكن البائع قد استوفى حقه من المشتري، كان على المتنازل ضده أن يدفع له الثمن مباشرة متى تقرر الاسترداد. كما أنه يكون للبائع أن يرجع على المتنازل ضده مباشرة نظراً لاختفاء المشتري من العلاقة بحلول المتنازل ضده محله. ومع ذلك فإن من الفقهاء من لا يسلم بهذه النتيجة رغم تسليمهم بأن المسترد يحل محل المتنازل له (المشتري). وتمشياً مع فكرة الحلول كذلك، وقيام العلاقة مباشرة بين المتنازل ضده والبائع يكون هذا الأخير ملزماً قبل المسترد بالضمان. وليس في هذا ما يضر بحقوق البائع. فإذا كان المشتري لم يدفع له الثمن، فإن له أن يستوفيه مع المبالغ الأخرى من المسترد متى تقرر الاسترداد. أما إذا كان الثمن مؤجلاً، فإن المسترد لا يفيد من هذا الأجل الممنوح للمشتري، ما لم يرض البائع المتنازل. (انظر م٢/٩٤٥ وتوفيق حسن فرج ٦١٨ وما بعدها)

وتنص المادة ٤٧٠ مدني على أن " لا تسري أحكام المادة السابقة في الأحوال الآتية: (أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد. (ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر. (ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته. (د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار " .

- **الحالات التي لا يجوز فيها الاسترداد:**

رأينا أن المادة ٤٧٠ مدني قد نصت على أنه "لا تسري أحكام المادة السابقة في الأحوال الآتية: (أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد. (ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر. (ج) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته. (د) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار.

- **فالمشرع قد استثنى حالات أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانتفاء فكرة المضاربة وهذه الحالات هي :**

١) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً بثمن واحد. مثل بيع التركة، فهي مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون، وسنرى أن بيع التركة هو بيع لهذا المجموع دون نظر إلى عنصر من عناصره بالذات، فإذا كان في التركة حق متنازع فيه، فإن هذا الحق يفقد ذاتيته ويفنى مع العناصر الأخرى في مجموعة التركة، فتنعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات، فلا يجوز الاسترداد، ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في التركة، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين متنازع فيه المدين، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه، فإذا صفى النزاع في الدين، وثبت استحقاق التركة له، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث . (السنهوري ص١٧٤)

٢) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم نصيبه للآخر، ولما كان شراء أحد الورثة أو أحد الشركاء في الشيوع، قد يكون هو الدافع إلى الشراء، وهو ما تنتفي معه فكرة المضاربة مما يحول دون المتنازل ضده واسترداد الحق المتنازع فيه، أما إذا بيعت إلى غير أحد المشتاعين، جاز للمتنازل ضده استرداد الحق، إذ تتوافر حينئذ فكرة المضاربة . (أنور طلبة ص٢٩٥)

٣) إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدين المستحق في ذمته. الفرض هنا أن الدائن قبل أن يحل محل مدينه في حق متنازع فيه لهذا المدين في ذمة الغير، وذلك في مقابل إبرائه من دينه. فنحن هنا بصدد وفاء بمقابل، والمقابل هو حق متنازع فيه للمدين. وهنا تنتفي فكرة المضاربة، إذ الدافع هو رغبة الدائن في استيفاء حقه، وقد لا يجد سبيلاً غير هذا لاقتضاء حقه . (عزمي البكري ص٨٧١)

٤) إذا كان الحق المتنازع فيه يثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار، والمفروض هنا أن عقاراً مثقل برهن يكفل ديناً على مالكه متنازعاً فيه. وباع المدين العقار المرهون من آخر، فالحائز للعقار وهو المشتري يكون مسئولاً عن الرهن الذي يثقل العقار وله حق التطهير، ولكن إجراءاته معقدة وهو غير مأمون العاقبة، فيعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن، حتى يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار، ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه – وهو المدين الذي باع العقار – الاسترداد في هذه الحالة، فإن الذي دفع حائز العقار إلى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة، بل إنه أراد تجنب إجراءات الدائن المرتهن. مثل ذلك أن يشتري شخص عقاراً من آخر بأربعة آلاف، وعلى العقار رهن بألف متنازع فيها فإذا دفع المشتري كل الثمن للبائع، ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ومقداره ألف بثمانمائة، فإنه يرجع على المدين وهو بائع العقار بألف، ولا يجوز لهذا المدين أن يسترد الدين بثمنه فيدفع ثمانمائة بدلاً من الألف، وإذا اكتفى المشتري بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليستبقى ألفاً لوفاء الدين – وهذا ما يقع عادة – ثم اشترى الدين بثمانمائة، لم يجز للمدين بائع العقار أن يتمسك بحقه في الاسترداد ليرجع على المشتري بالفرق بين الدين ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثمانمائة . (السنهوري ص١٧٦)

وتنص المادة ٤٧١ مدني على أن " لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهما في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً" .

- **حكم البيع لعمال القضاء** :

رأينا أن المادة ٤٧١ مدني قد نصت على أنه "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً" فالمشرع قد حظر على عمال القضاء شراء الحقوق المتنازع عليها إذا كان نظر النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها. والحكمة من هذا الحظر أن شراء الحق المتنازع فيه هنا قد يدفع المشتري إلى استغلال نفوذه للفصل في النزاع لمصلحته أو على الأقل قد يظن الناس فيه ذلك، فتتاح الفرص لأقاويل الناس وشكوكهم في حسن سير العدالة وحاد القضاء ونزاهته ويقع القائمون على القضاء وأعوانهم والمحامون في مواطن الشبهات. ولكن لا يمتنع على عمال القضاء بيع حق لهم متنازع فيه، لأن البيع بعكس الشراء يقطع صلتهم بالحق ويبعد عنهم الشبهات. (الأستاذ سليمان مرقص فقرة ١٠٣ – الأستاذ عبد المنعم البدراوي فقرة ١٢٤ ص١٨٢)

- **الأشخاص المحظور عليهم شراء الحقوق المتنازع عليها** :

المحظور عليهم الشراء هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبة المحاكم والمحضرون، وقد ذكروا في المادة ٤٧١ مدني على سبيل الحصر، فلا يجوز القياس عليهم، ولا يمتد الحظر إلى الخبراء ومترجمي المحاكم ووكلاء المحامين وكتبتهم وخدم المحاكم وحجابهم وفراشيها والحراس ورجال الشرطة ومأموري الضبطية القضائية. والقضاة يشملون كل من ولي وظيفة القضاء، فقضاء المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون "قضاة". ويشمل اللفظ أيضاً مستشاري وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمجالس الملية عندما كانت هذه المحاكم موجودة.

والمحظور شراؤه على القاضي يتسع أو يضيق بحسب المحكمة التي يباشر فيها وظيفته، فقاضي المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع من اختصاص محكمته الجزئية وحدها، ويجوز له شراء الحقوق

المتنازع فيها فيما عدا ذلك ولو كان النظر في النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التي تتبعها محكمته على أن يكون للمدين حق الاسترداد على النحو الذي قدمناه فيما اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل في الاختصاص النهائي للمحكمة الجزئية؛ لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة، بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم إليه طلبات إضافية تجعله قابلاً للاستئناف.

ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته، بما في ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة. أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشتري أي حق متنازع فيه؛ لأن اختصاص محكمته يمتد إلى جميع أنحاء الدولة، وهذا حتى لو كان الحكم في النزاع غير قابل للنقض للاحتمالات التي قدمناها.

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاوني النيابة، ولا يدخل فيهم معاونو الإدارة ولا أعضاء النيابة الإدارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع التقنين الجديد.

ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التي يعمل فيها، ويمتد اختصاص النائب العام إلى جميع أنحاء الدولة وكذلك النائب العام المساعد، أما بالنسبة للمحام العام فيمتد اختصاصه إلى دائرة المحكمة التي يعمل فيها. (السنهوري ص١٨٠)

والمحامون وهم كل من كان عضواً بنقابة المحامين ولو كان محامياً تحت التمرين. وكتبة المحاكم والمحضرين سواء كانوا يعملوا بالجلسات أو الحسابات أو السكرتارية وغيرها.

والعبرة بتوافر الصفة في عامل القضاء بوقت نشوب النزاع ولو لم تكن قد رفع به دعوى أمام القضاء، إذ اكتفت المادة ٤٧١ من القانون المدني بالحظر إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها، مما مؤداه أن المشرع لم يقيد الحظر برفع الدعوى وإنما اكتفى بنشوب النزاع، بحيث إذا توافرت الصفة سواء وقت نشوب النزاع أو وقت رفع الدعوى، ثم زالت تلك الصفة قبل حسم النزاع بحكم حائز قوة الأمر المقضي، ظل الحظر قائماً وكان

التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً رغم انتهاء خدمة عامل القضاء لأي سبب، منعاً لعامل القضاء من التدخل في النزاع على أي نحو. (أنور طلبة ص١٤٧)

- **ويجب لقيام الحظر توافر ثلاثة شروط هي** :

(١) أن يتم الشراء لحساب عامل القضاء سواء تم باسمه مباشرة أو باسم مستعار ستر به اسمه، أما إذا تم الشراء لحساب غيره يتوافر موجب الحظر ولو كان عامل القضاء قد باشر العقد نيابة عن المشتري أو كان المشتري تربطه به صلة القربى كالبنوة أو صلة الزوجية مادام لم يتخذ من اسم الأخير اسماً مستعاراً له . (محمد كمال عبد العزيز ص٤٤٦)

(٢) أن يكون الحق متنازعاً فيه كله أو بعضه، ولم يبين المشرع هنا متى يكون الحق متنازعاً فيه اكتفاء بالبيان الذي ذكره في الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ فيما يتعلق باسترداد الحقوق المتنازع فيها. وهو ما يتضح من مذكرة المشروع التمهيدي الذي بدأ في التعليق على كل النصوص الخاصة ببيع الحقوق المتنازع فيها بالإشارة إلى معنى الحق المتنازع فيه، ثم بين خاصيتي هذا الحق وهما جواز الاسترداد ومنع عمال القضاء من الشراء. وإذن فمعنى الحق المتنازع فيه واحد من حيث تحريم شرائه على عمال القضاء والمحامين . (خميس خضر ص٣٢٥)

فالحق يكون متنازعاً فيه بصدد هذه المادة إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي . (أحمد نجيب هلالي وحامد زكي ص٢٢٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن "يشترط في تحريم شراء المحامي للحق المتنازع فيه – وفقاً لما تقيده عبارة المادتين ٤٧١، ٤٧٢ من القانون المدني – أن يكون التنازع على الحق جدياً وقائماً بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أم لم يطرح بعد، فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع أو محتملاً النزاع بشأنه أو يقوم عليه نزاع جدي ولكنه يكون قد انتهى وانحسم عند حصول الشراء، كما يجب علم المحامي بقيام النزاع في الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة ٤٧١، أو أن يكون وكيلاً في الحق المتنازع فيه ويشتريه ممن وكله في الدفاع عنه وذلك بصدد إعمال نص المادة ٤٧٢" (الطعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٥/٥/١٩٨٠)، وبأنه "النص في المادة ٤٧١ من القانون المدني على أنه "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا المحامين أن يشتروا لا بأسمائهم ولا باسم

مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً" والنص في الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من ذلك القانون على أن "يعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي" يدل على تحريم شراء القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وغيرهم من أعوان القضاء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع بشأنها يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا وقع البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً سواء اشتروه بأسمائهم أو باسم مستعار ويعتبر الحق المبيع متنازعاً عليه في حالتين الأولى إذا رفعت به دعوى كانت مطروحة على القضاء ولم يفصل فيها بحكم نهائي وقت البيع والثانية أن يقوم في شأن الحق المبيع نزاع جدي ويستوي أن يكون النزاع منصباً على أصل الحق أو انقضائه، وأن فصل محكمة الموضوع في كون الوقائع التي أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعاً فيه خاضع لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية تتعلق بتوافر الأركان القانونية لحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدني آنفة البيان" (الطعن رقم ١٦٩٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٠)، وبأنه "يشترط في تحريم شراء المحامي للحق المتنازع فيه وفقاً لما تقيده عبارات هاتين المادتين – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون التنازع على الحق جدياً وقائماً بالفعل وقت الشراء سواء طرح أمام القضاء أو لم يطرح بعد، فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع أو محتملاً للنزاع بشأنه، أو يقوم عليه نزاع جدي ولكنه يكون قد انتهى وانحسم عند حصول الشراء، كما يجب علم المحامي بقيام النزاع في الحق إن كان مجال التطبيق هو نص المادة ٤٧١ من القانون المدني أو أن يكون وكيلاً في الحق المتنازع فيه ويشتريه ممن وكله في الدفاع عنه وذلك بصدد إعمال نص المادة ٤٧٢ منه" (الطعن قم ٣٢٧٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٥)

٣) أن يكون النظر في النزاع المتعلق بالحق من اختصاص المحكمة التي يباشر في دائرتها عمال القضاء عملهم. ولقد أراد المشرع بذلك أن يوفق بين الأصل العام الذي يقضي بحرية الشراء وبين بعض الاعتبارات السابق الإشارة إليها والتي تتعلق بشراء القضاة وبعض أعوانهم الحقوق المتنازع فيها، فقصر المنع على عمال القضاة

الذين يكون لهم النظر في النزاع المتعلق بالحق وفقاً لقواعد الاختصاص المعمول بها. وعلى ذلك فإنه يمتنع على مستشاري محكمة النقض شراء أي حق من الحقوق المتنازع فيها في أي جهة من جهات الدولة لشمول اختصاص محكمة النقض للدولة كلها. وأما مستشاري محكمة استئناف الإسكندرية مثلاً فإنه يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر فيها من اختصاص محكمة استئناف الإسكندرية، ولا يمتنع عليهم شراء الحقوق الأخرى المتنازع فيها إذا كانت تدخل في اختصاص محكمة استئناف أخرى. وأما بالنسبة لقضاة المحكمة الجزئية فإنه يمتنع عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كانت تدخل في اختصاص المحكمة الابتدائية التي يباشرون فيها عملهم؛ إذ أنهم يعينون أصلاً في المحاكم الابتدائية ثم ينتدبون للعمل في المحاكم الجزئية التي تدخل في دائرة المحكمة الابتدائية التي يعينون بها، وما قيل عن القضاة ينطبق أيضاً على أعوانهم سواء كانوا من وكلاء النيابة أو من كتبة المحاكم أو من المحضرين . (إسماعيل غانم ص٧٣ محمد لبيب شنب ص٢٨٠)

وبالنسبة للمحامين فيراعى أن المحامي لا يتقيد بالمرافعة أمام محكمة معينة بل يتقيد بالمرافعة بدرجة من درجات المحاكم. فالمحامي المقيد للمرافعة أمام المحاكم الجزئية يمتنع عليه شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع يدخل في اختصاص أية محكمة جزئية في البلاد. والمحامي المقيد للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية يمتنع عليه شراء أي حق متنازع فيه لأنه يجوز له مباشرة عمله أمام جميع المحاكم الابتدائية. وهذه المحاكم في مجموعها يشمل اختصاصها جميع أنحاء البلاد. وكذلك الحال بالنسبة للمحامين المقيدين للمرافعة أمام محكمة الاستئناف أو محكمة النقض إذ يمتنع عليهم شراء أي حق متنازع فيه. (عبد الرزاق السنهوري ص١٢٦– أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص٢٢٥ هامش ١ – خميس خضر ص٣٢٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "النص في المادة ٤٧١ من القانون المدني على أنه "لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين أن يشتروا بأسمائهم ولا باسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا كان البيع باطلاً" والنص في الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من ذلك القانون على أن "يعتبر الحق متنازعاً فيه إذا كان

موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي" يدل على تحريم شراء القضاة وأعضاء النيابة والمحامين وغيرهم من أعوان القضاء الحقوق المتنازع عليها إذا كان النظر في النزاع بشأنها يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها وإلا وقع البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً سواء اشتروه بأسمائهم أو باس مستعار ويعتبر الحق المبيع متنازعاً عليه في حالتين الأولى إذا رفعت به دعوى كانت مطروحة على القضاء ولم يفصل فيها بحكم نهائي وقت البيع والثانية أن يقوم في شأن الحق المبيع نزاع جدي ويستوي أن يكون النزاع منصباً على أصل الحق أو انقضائه، وأن فصل محكمة الموضوع في كون الوقائع التي أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعاً فيه خاضع لرقابة محكمة النقض باعتباره مسألة قانونية تتعلق بتوافر الأركان القانونية لحكم الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ من القانون المدني آنفة البيان" (الطعن رقم ١٦٩٢ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٢/٥/٢٠)

- **مدى جواز استرداد عمال القضاء للحقوق المتنازع فيها** :

رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع فيه يجعل للمدين حق الاسترداد من المشتري، وهنا نرى أن المشتري إذا كان أحداً من عمال القضاء – وبالتحديد أحداً ممن ذكروا بالنص – فإن البيع يكون باطلاً، ومن ثم لا يكون هناك محل للاسترداد إذ لا استرداد في بيع باطل. (السنهوري ص١٧٨)

ولكن يجوز استثناء استرداد عمال القضاء الحقوق المتنازع عليها وذلك إذا تنازل عنها صاحبها بمقابل لشخص آخر على أن يدفع عامل القضاء للمتنازل له ما دفعه من ثمن حقيقي مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع.

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٦٩ مدني بقولها "إذا كان الحق المتنازع فيه قد تنازل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص آخر للمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن المتبقى الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع. والغرض الذي يسعى إليه المدين من وراء ذلك هو إنهاء الخصومة القائمة والمتعلقة بهذا الدين.

- **جزاء مخالفة الحظر الوارد بالمادة ٤٧١ مدني** :

نصت المادة على جزاء مخالفة هذا الحظر صراحة وهو البطلان. وهو بطلان مطلق متعلق بالنظام العام. ويتمسك به كل ذي مصلحة بما في ذلك البائع نفسه

والمنازع في الحق، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق في هذا البيع، ولكن يكون للمشتري أن يسترد ما دفعه ثمناً للحق، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي. (أنور سلطان ص٤١٤ – السنهوري ص٢١٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد النص في المادتين ٤٧١، ٤٧٢ من القانون المدني – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – أن جزاء مخالفة حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذي يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام" (الطعن رقم ٣٢٧٧ لسنة ٥٨ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٥)، وبأنه "مفاد النص في المادتين ٤٧١، ٤٧٢ من القانون المدني – وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية – أن جزاء حظر بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء والمحامين هو البطلان المطلق الذي يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام" (الطعن رقم ٨٧ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٠/٥/١٥)

وتنص المادة ٤٧٢ مدني على أن " لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً" .

- **حكم تعامل المحامين مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها** :

حظر المشرع أن يتعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازل فيه والذي يتولى الدفاع عنه، وذلك بأي نوع من أنواع التصرفات، سواء كان بيعاً أو مقايضة أو مشاركة أو إيجاراً أو غير ذلك من التصرفات التي ترد على هذا الحق كاستحقاقه جزء منه مقابل ما قام به من أعمال سواء تعلقت بالنزاع أو غيره منعاً للتحايل على القانون، ويترتب على مخالفة الحظر بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً، وهذا ما نصت عليه المادة ٤٧٢ مدني بقولها: "لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً".

ونلاحظ أن نص هذه المادة قد جاء مكملاً لما هو منصوص عليه في المادة ٤٧١ مدني سالفة الذكر؛ وأما عن المادة ٤٧٢ مدني فهي أضيق من المادة ٤٧١ من جهة وأوسع منها من جهة أخرى. فهي أضيق لأنها تشترط أن يكون المحامي

موكلاً في الحق المتنازع فيه، في حين أن المادة ٤٧١ لا تشترط ذلك، بل تنصرف إلى شراء المحامين لأي من الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين عن أصحابها أم غير موكلين عنهم. وهي أوسع من المادة ٤٧١ لأنها شاملة لكافة ضروب التعامل وليست قاصرة فقط على شراء المحامي لحق من الحقوق المتنازع فيها. (علي عمران وأحمد عبد العال ص٤٨)

والحظر هنا أيضاً يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام، إذ يخشى أن يستغل مركزه فيوهم موكله أن حظه في استخلاص حقه غير كبير، ويحمله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً، ومن ثم يكون التعامل باطلاً بطلاناً مطلقاً، ويستوي أن يتعامل المحامي باسمه أو يتعامل باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق. وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المحامي تقدير أتعابه، ويرجع على الموكل بها هي وما عسى أن يكون قد أنفقه على التقاضي، كذلك لا يوجد ما يمنع، إذا انتهى النزاع في الحق، أن يتعامل المحامي فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه. (السنهوري ص١٨٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لئن كان النص في المادة ٤٧٢ من القانون المدني على أنه لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنهم سواء كان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً، إلا أنه لا يوجد ما يمنع إذا انتهى النزاع في الحق أن يتعامل المحامي فيه مع موكله بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه. (الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٥١ق س٣٥ ص١٦٢٣ جلسة ١٩٨٤/٦/١٢)، وبأنه "تحظر المادة ٤٧٢ من القانون المدني على المحامين التعامل مع موكليهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها سواء كان التعامل باسمه أو باسم مستعار وإلا كان العقد باطلاً، فإذا كان الثابت من عقد البيع أن الطاعن قد اشترى العقار المبين فيه بصفته ولياً طبيعياً على ولديه القاصرين وهما ليسا ممن تضمنهم الحظر الوارد بالمادة المذكورة فلا يكون العقد باطلاً إلا إذا ثبت أنهما كانا اسماً مستعاراً لوالدهما الطاعن الأول، فإذا كان الطاعنان قد تمسكا أمام محكمة الاستئناف بأن الحكم المستأنف الذي أيده الحكم المطعون فيه لم يبين إذا كان اسم المشتري مستعاراً من عدمه، وكان ذلك دفاعاً جوهرياً يتغير به وجه الرأي في الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه

إذا أغفل الرد على هذا الدفاع وقضى بالبطلان دون التثبت من أن المشترين كانا اسماً مستعاراً للطاعن يكون مشوباً بالقصور والخطأ في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٣٦٥ لسنة ٢٩ س١٥ ص٣٨١ جلسة ١٩٦٤/٣/١٩).

ويتضح لنا مما تقدم أنه يشترط لانطباق نص المادة ٤٧٢ توافر شرطين: الأول: وجود وكالة بين المحامي والمتنازل عن الحق، سواء كانت وكالة صريحة أو ضمنية يتوافر بها الصفة في الدفاع عن هذا الحق، سواء كانت وكالة خاصة أو عامة، فإن كانت خاصة وتتعلق بحق آخر، فلا يسري هذا الحظر، لكن إذا حضر الأصيل بالجلسة ولم يعترض على دفاع المحامي، قامت الوكالة التي يتوافر معها الحظر رغم عدم وجود سند بها. فإن وجدت وكالة خاصة غير متعلقة بالحق المتنازع فيه، فلا يسري الحظر، وينحصر الحظر في النيابة الاتفاقية كالوكالة، فلا يمتد إلى النيابة القانونية أو القضائية، إذ حدد القانون نطاق كل منها (أنور طلبة ص٧٤٦). الثاني: أن تنصرف الوكالة إلى الدفاع عن الحق المتنازع فيه، سواء باشر المحامي هذا الدفاع أو لم يباشره، فإذا انصرفت إلى الدفاع عن حق آخر، فلا يسري الحظر (أنور طلبة ص٧٤٥ وما بعدها). والجزاء على مخالفة الحظر الوارد بالمادة هو ذات الجزاء المقرر على مخالفة أحكام المادة السابقة وهو البطلان المطلق.

بيـــــع التركـــة

تنص المادة ٤٧٣ من القانون المدني على أن " من باع تركة، دون أن يفصل مشتملاتها، لا يضمن إلا ثبوت وراثته ما لم يتفق على غير ذلك ".

- **المقصـود ببيـع التركــة** :

يقصد ببيع التركة ، بيع الوارث لنصيبه في التركة بعد وفاة مورثه بيع جزافي؛ أي أنه يبيع جميع ما تلقاه من المورث من الحقوق إجمالاً وبدون تفصيلاً لمشتملات التركة. فالوارث عندما يبيع حصته في التركة لا يبيع أموالاً معينة بالذات ولكنه يبيع حصته في مجموع من المال أياً كانت قيمة هذا المجموع. وبذلك يختلف بيع التركة عن غيره من البيوع ويتميز عنها بالخصائص الآتية: ١- أنه بيع احتمالي ذلك أن المشتري وإن كان يعلم وقت إبرام العقد قيمة ما يدفعه من الثمن المتفق عليه إلا أنه لا يعلم على وجه التحديد قيمة ما يأخذه وذلك لعدم تعيين الحقوق التي يشملها البيع (منصور مصطفى منصور ص٢٨٦ – محمد لبيب شنب ص٢٨٩). ٢- أن بيع التركة لا ينعقد إلا بعد وفاة المورث لأنه لو انعقد قبل الوفاة لكان بيعاً لتركة مستقبلة وبالتالي لكان باطلاً عملاً بالمادة ٢/١٣١. ٣- أن المبيع في هذا البيع يتعين فقط بأنه كل أو حصة معينة مما آل إلى البائع من تركة مورثه، دون تحديد آخر، وعلى ذلك فإذا ورد البيع على حق معين بذاته من الحقوق التي آلت للبائع بالإرث، أو حتى على جميع الحقوق التي ورثها البائع مع تعيين كل منها، فإن البيع لا يعتبر وارداً على تركة. ٤- بيع التركة قد يتم لأجنبي عنها، وقد يتم لصالح وارث آخر ويسمى في هذه الحالة تخارجاً ، **وسوف نعرض لهاتين الحالتين على النحو التالي:**

أولاً: بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث: ينعقد هذا البيع بالتراضي كسائر البيوع فإذا ما انعقد صحيحاً، رتب التزامات في ذمة الوارث البائع، والتزامات مقابلة في ذمة المشتري الأجنبي، وهي بوجه عام الالتزامات التي تترتب في كل بيع. فيلتزم الوارث البائع بنقل ملكية حصته في التركة إلى المشتري كما يلزم بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته في التركة من عقارات ومنقولات وحقوق شخصية وغير ذلك إلى المشتري، ويدخل في ذلك جميع الثمرات والريع والمنتجات التي نشأت عن هذه الأموال من وقت افتتاح التركة إلى وقت التسليم سواء كان البائع قد قبضها أو

لم يقبضها، فإن كان قد قبضها وجب عليه ردها للمشتري، ويدخل أيضاً – ما لم يوجد اتفاق صريح مخالف – ما عسى أن يكون الوارث قد استوفاه من الديون التي للتركة، وثمن ما عسى أن يكون قد باعه من مشتملات التركة للغير قبل أن يبيع حصته، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتملات لاستعماله الشخصي. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدني، فهي تقول كما رأينا "إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد"؛ أما إذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشيء من مشتملاتها، فالأصل أن يرد قيمتها للمشتري ما لم يتفق معه ألا يرد شيئاً. ويلتزم الوارث أن يسلم للمشتري مشتملات حصته في الحالة التي تكون عليها وقت بيع الحصة، لا وقت موت المورث أي وقت افتتاح التركة، وإذا كانت قيمة هذه المشتملات قد زادت بسبب تحسينات أنفق عليها الوارث، كترميمات وإصلاحات وتعمير ونحو ذلك، فهذه كلها تكون للمشتري، إذ هي قد دخلت في الحساب عند تقدير الثمن.

وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للتركة كرهن أو كفالة، فهذا التأمين يكون للمشتري ، فقد اعتد به عند حساب الثمن. وكذلك إذا كانت مشتملات الحصة المبيعة قد أصابها تلف أو هناك بعضها، فهذا كله يتحمله المشتري؛ لأن هذا الهلاك أو التلف لابد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن. ويستوي أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبي أو بخطأ من الوارث، ففي الحالتين قد دخل في الحساب . (السنهوري ص٢٠٥)

أما إذا كان التلف قد حصل بغش من الوارث، بأن يكون مثلاً قد أطلع المشتري على مشتملات التركة ثم أخفى بعضها أو أتلفه عمداً أو تعمد عدم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو عدم تجديد القيد، فإن كان ذلك قبل بيع الحصة اعتبر تدليساً من جانب الوارث يجعل البيع قابلاً للإبطال، وإن كان بعد بيع الحصة اعتبر إخلالاً من جانب الوارث بالتزاماته كبائع فيستوجب مسئوليته العقدية . (انظر بودري وسينيا فقرة ٨٨٠)

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث، فإن هذا الحق، بعد أن باع الوارث حصته، يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشتري سواء

كان الحق شخصياً أو عينياً؛ مثل الحق الشخصي أن يكون الوارث مديناً للمورث ثم يرثه فينقضي الدين باتحاد الذمة، ثم يبيع حصته، فيعود المدين في ذمته للمشتري، ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التي انقضت باتحاد الذمة لا تعود، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير. وهذا بخلاف الرهن الذي يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه، فإنه يعود مع الدين، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التي ترتبت لهم على العين المرهونة، ومثل الحق العيني أن يكون على عقار للوارث حق ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث، فينقضي حق الارتفاق هذا باتحاد الذمة عند الميراث، فإذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق إلى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذي انتقل إلى المشتري، وهذا ما لم يكن الوارث قد باع عقاره المرتفق به غير مثقل بحق الارتفاق قبل بيع الحصة، ففي هذه الحالة لا يعود حق الارتفاق حتى لا يضار المشتري لهذا العقار، ويغلب أن يكون هذا قد دخل في حساب ثمن الحصة . (السنهوري ص٢٠٦)

ولا يدخل في التركة غير الحقوق المالية أي ما ليس له قيمة مالية كأوراق المورث الشخصية وأوسمته وبراءات الرتب والأوراق المثبتة والشهادات الدراسية والصور العائلية وذلك كله ما لم يتفق الطرفان على خلافه فيجوز الاتفاق على إدخال بعض هذه الأشياء التي ليس لها قيمة مالية بحسب الأصل في ثمن مشتملات التركة المبيعة. كما يجوز الاتفاق على استثناء بعض المشتملات التي لها قيمة مالية من التركة المبيعة . (السنهوري ص٢٤٧ – البدراوي بند ٤١٢ – منصور بند ١٢٧ – محمد كمال عبد العزيز ص٤٧٢)

وفضلاً عن ذلك يلتزم البائع بضمان ثبوت وراثته فقد رأينا أن المادة ٤٧٣ مدني تنص على أن "من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته، ما لم يتفق على غير ذلك" فلا يضمن الوارث إذن للمشتري إلا شيئاً واحداً، هو أنه وارث، أي ثبوت وراثته في التركة، فيضمن أولاً أن التركة قد فتحت فعلاً، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع تركة مستقبلة فالبيع باطل كما قدمنا، ويضمن بعد ذلك أنه يرث في هذه التركة، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فإنه يكون قد باع ما لا يملك، ويكون البيع قابلاً للإبطال وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير، ويجوز للمشتري قبل أن يسترد الوارث الحقيقي أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع واسترداد الثمن

الذي دفعه مع التعويض إن كان وقت أن اشترى الحصة يجهل أن البائع ليس بوارث، ويضمن الوارث البائع أخيراً أي عمل من أعماله الشخصية التي تتعارض مع كونه وارثاً باع حصته، كأن يبيع هذه الحصة مرة أخرى، أو أن يبيع شيئاً من مشتملاتها، أو أن يستوفي ديناً لها.

على أن أحكام ضمان البائع سالفة الذكر، لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها، سواء بتشديد الضمان، كإلزام البائع بضمان دخول حق معين بالذات ضمن التركة المبيعة، أو بضمان قيمة معينة له للحصة إذا نزلت عنها دفع الوارث الفرق للمشتري. وقد يكون هذا الاتفاق ضمنياً، كأن يفصل المشتري مشتملات الحصة التي يشتريها، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى. فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصة المبيعة، وإذا لم يدخل لأي سبب رجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق. بل قد يرجع أيضاً بضمان العيب، إذا اشترط ذلك. كما يجوز الاتفاق على تخفيف الضمان باشتراط الوارث على المشتري مثلاً بأنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه، أياً كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم (السنهوري ص٢٤٩) أو يبيع الوارث مجرد دعواه باستحقاقه في التركة. كما يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان بأن يشترط في العقد على المشتري أنه اشترى ساقط الخيار بلا ضمان. يضمن البائع فضلاً عما تقدم فعله الشخصي فهو ضامن عدم تعرضه للمشتري بعد البيع، وضامن الاستحقاق الذي قد يقع بناء على حق رتبه هو للغير، قبل أن يكون البيع نافذاً في مواجهة هذا الغير، كالرهون التي يكون قد قررها، أو النزول عن حق من التركة للغير . (عبد المنعم البدراوي ص٦٠٤ – أنور سلطان ص٤١٩)

أما عن التزامات المشتري؛ فيلتزم المشتري بأن يدفع للوارث الثمن المتفق عليه والمصروفات والفوائد، شانه في ذلك شأن كل مشتر آخر، ويلتزم فوق ذلك أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا وقد دفعه من تكاليف التركة، فما دفعه الوارث في تجهيز الميت – المورث – وفي ضريبة التركات التي تقع على حصته المبيعة وما إلى ذلك من تكاليف يسترده من المشتري؛ لأن هذه هي العناصر السلبية لمجموع المال الذي اشتراه المشتري من الوارث. أما ديون التركة فهذه لا يلتزم بها المشتري؛ لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها، وذلك وفقاً للمبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية وهو

يقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين. فالتركة هي التي تقوم بسداد ديونها أولاً، وما بقي بعد ذلك فهو ميراث، والوارث إنما باع حصته في هذا الميراث بعد استنزال الديون، ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصته في دين على التركة، فيرجع بما دفعه على المشتري؛ لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث، إذ خلصت له الحصة دون أن يستنزل منها هذا الدين. كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته في وصيته تركها المورث، فهنا أيضاً ولنفس السبب يرجع الوارث على المشتري بما دفع، وهناك رسم يدفع على انتقال التركة للوارث، وهو رسم على انتقال الملكية من المورث إلى الوارث ويسمى رسم الأيلولة. فهذا يدفعه الوارث في مقابل انتقال حصته في التركة إليه، ولا يرجع به على المشتري؛ لأنه هو الذي استفاد منه فقد انتقلت إليه ملكية الحصة واستطاع بذلك أن يبيعها؛ أما المشتري فيدفع رسم البيع الذي انتقلت بموجبه ملكية الحصة إليه من الوارث، وهذا الرسم يدخل في مصروفات البيع التي يلتزم بها المشتري . (السنهوري ص٢٠٧)

ثانياً: **بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر** (**التخارج**): ويقصد بالتخارج في الفقه الإسلامي أن يخرج الوارث عن حصته في التركة إلى وارث آخر نظير مقابل معلوم. وقد عرفته المادة ٤٨ من القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بالميراث التي ينص على أن "التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم. فإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم فإن كان المدفوع من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبتهم فيها، وإن كان المدفوع من مالهم ولم ينص في عقد التخارج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم، ويتضح من هذا التعريف أن التخارج لا يكون إلا لوارث نظير مقابل معلوم فإن كان هذا المقابل من مال المتخارج له الخاص كان التخارج بيعاً ويكون شأن الوارث المتخارج له شأن المشتري الأجنبي من حيث الحقوق والالتزامات. أما إذا المقابل من مال التركة ذاتها فإن التخارج يكون قسمة ما لم يكن هناك نزاع على استحقاق المتخارج بحسمه عقد التخارج فإنه يعتبر في هذه الحالة صلحاً (محمد كمال عبد العزيز ص ٤٧٣).

وسواء كان التخارج صلحاً أو قسمة، فهو كاشف عن الحق لا منشئ له؛ لأن هذه طبيعة كل من الصلح والقسمة، ومن ثم يترتب عليه نقل الملكية بين المتعاقدين في الحال دون حاجة إلى التسجيل ولو كان بين عناصر التركة عقار وإن كان التسجيل لازماً لينتج العقد أثره بالنسبة إلى الغير، كما تعتبر تصرفات الوارث الخارج

التي رتبها على غير المال الذي اختص به صادرة من غير مالك فلا تنفذ إلا بإجازة باقي الورثة حتى لو كانت واردة على عقار وسجلت قبل التخارج أو واردة على منقول ما لم يكن قد تسلمه مشتر حسن النية إذ يتملكه عندئذٍ بالحيازة. ولا يعتبر باقي الورثة من طبقة الغير لأنهم المتعاقدون مع الوارث المتخارج قسمة أو صلحاً. وليس للوارث المتخارج شيء من الديون التي للتركة كما ليس عليه شيء من الديون التي عليها وإن كان لدائني التركة الرجوع عليه بقدر ما أخذ من أموال التركة ولكن له الرجوع بما دفع على باقي الورثة. ولكن يختلف التخارج قسمة عن التخارج صلحاً في أمرين: الأول: في الضمان: ففي الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث، إذ هو يدعي الوراثة وينازعه الورثة في ذلك، ثم يتصالحون على التخارج. فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك. أما في القسمة، فالوارث الخارج يضمن صفه كوارث على النحو الذي بيناه في بيع التركة. ويضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية، سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة. الثاني: في الغبن: ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذي أخذه من مال التركة قليل، فإن التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج إلا هذا المقابل قل أو كثر. أما القسمة، فيجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة التركة وقت القسمة. فإذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة مالاً أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس، كان له نقض القسمة، ولبقية الورثة منع نقض القسمة بإكمال الحصة الناقصة، ويجب رفع دعوى نقض القسمة في خلال السنة التالية لوقوع التخارج "م٨٤٥ مدني" . (السنهوري ص٢١٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "وإن كان حكم الشريعة يقضي ببطلان التخارج إذا كان للتركة ديون على الغير إلا أن القانون المدني لم يأخذ بذلك فإنه قد نص صراحة في المادة ٣٢٠ مدني قديم على أن بيع الاستحقاق في التركة أو (التخارج) يشتمل حتماً على بيع ما لها من الدين" (الطعن رقم ٤١ لسنة ٩ق جلسة ١٩٣٩/١٢/١٤)، وبأنه "إذا كانت المحكمة قد استخلصت مما أوردته في حكمها من القرائن التي استنبطتها من الوقائع الثابتة في الدعوى أن عقد التخارج الصادر من الجدة لأحفادها المذكور فيه أن التخارج كان مقابل عوض قبضته من عمهم لم يكن في حقيقته إلا هبة لم يقبض عنها أي عوض، مؤيدة ذلك بخلو العقد المذكور من

التزام الأحفاد بوفاء ذلك العوض إلى عمهم الذي لم يكن له شأن في هذا العقد، فذلك مما يدخل في حدود سلطتها ولا معقب لمحكمة النقض عليها فيه مادام تحصيلها إياه من الواقع سائغاً. إذ قاضي الدعوى من حقه أن يؤول المشارطات بما يكون متفقاً مع ما قصده المتعاقدون غير متقيد بألفاظها وعباراتها. وإذن فقد كان للمحكمة، وقد تبينت أن التصرف لم يكن إلا هبة، أن تستظهر المقصود من الإقرار بقبض مقابل التخارج مسترشدة بظروف الدعوى وملابساتها بما فيها من قرائن ولو لم يكن هناك دليل كتابي" (الطعن رقم ٢٨ لسنة ١١ق جلسة ١٩٤٢/١/١٥)، وبأنه "التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم، فإذا تضمنت الورثة اتفاقاً بين الأخوة على اختصاص كل منهم بعين من تركة أبيهم، فهي لا تعتبر تخارجاً، بل هي اتفاق على قسمة، وكل من وقعها فهو محجوج بها وإن لم يسجل عقدها فإن القسمة كاشفة للحق مقررة له، لا ناقلة ولا منشئة له، فتسجيلها غير لازم إلا للاحتجاج بها على غير المتعاقدين" (جلسة ١٩٤٧/٦/٥ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ٢٥ عاماً قاعدة ٥٤ ص١٠٠٧).

كما قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن "عقد التخارج الذي أجازته الشريعة الإسلامية في أحوال الميراث هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه أو لشركائه في الميراث عن نصيبه في التركة في مقابل شيء معلوم، وليس من الضروري لصحة هذا العقد أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعينة في العقد تعييناً تاماً" (٧ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص٥٠)، وبأنه "يصح التخارج حتى لو كانت التركة مدينة؛ لأن بيع الوارث نصيبه في التركة يشمل الديون التي لها والتي عليها طبقاً للمادة ٣٥٠ مدني (سابق)" (١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص٢٨٧)، وبأنه "عقد التخارج لا يحصل إلا من وارث لوارث، فالبيع الصادر من وارث في حصته في التركة لغير وارث يعتبر بيع الاستحقاق في التركة ويجب تسجيله" (٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٩٦ ص٩٩٢)

وتنص المادة ٤٧٤ مدني على أن " إذا بيعت تركة فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات ".

• **نفاذ بيع التركة في مواجهة الغير** :

يقصد بالغير في بيع التركة كل من الورثة الآخرين غير الوارث البائع ودائنو التركة ومدينوها والخلف الخاص للوارث البائع. وهؤلاء الأغيار لا يسري في حقهم البيع الصادر من الوارث للمشتري إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة كنقل كل حق اشتملت عليه التركة. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٤ مدني كما رأينا، إذ تقول: "إذا بيعت تركة، فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة" وبناء على ذلك إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية أصلية كان من الواجب تسجيل عقد البيع حتى تنتقل الملكية إلى المشتري فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير.

ويجب لشهر بيع التركة، أن يتم شهر حق الإرث، فإن كان هذا الحق سبق شهره، فيشهر بيع الوارث لحقه في التركة على استقلال، أما إن لم يكن حق الإرث قد أشهر، فيجب شهره مع شهر هذا البيع، وحينئذٍ تتم المفاضلة بين المشتري من الوارث ودائني المورث أو المشترين منه وفقاً لأسبقية التسجيل، ولما كان للمورث قبل وفاته الحق في بيع عقاراته، وأن هذا الحق ينتقل إلى ورثته فور موته باعتبار أن التركة تنفتح بوفاة المورث، فتنتقل ملكيتها إلى الورثة، ويكون لأي منهم الحق في بيع أصولها، فإن كان من بينها عقار وباعه الوارث، فإن المفاضلة بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث تتم على أساس الأسبقية في التسجيل، فإن كان المشتري من المورث لم يسجل عقده وقام الوارث ببيع ذات العقار وتمكن المشتري من تسجيل عقده قبل تسجيل العقد الصادر من المورث، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من الوارث، أما إن كان المشتري من المورث هو الذي سجل عقده قبل قيام المشتري من الوارث بتسجيل عقده، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري من المورث، ويكون البيع الذي يبرمه الوارث بعد هذا التسجيل وارداً على ملك الغير.

أما بالنسبة للمنقولات المادية فإن الملكية تنتقل فيها بمجرد التعاقد. ويراعى أنه إذا باع الوارث حقه في التركة لأكثر من شخص، فتكون الأفضلية لمن سبق منهم في تسجيل عقده بالنسبة للحصة العقارية وحيازة المنقول. فإن تنازل الوارث عن حقوقه الثابتة في ذمة مدين التركة، بأن قام بحوالة هذه الحقوق إلى المتنازل له، سرت قواعد حوالة الحق، فإذا قام دائن الوارث بتوقيع الحجز تحت يد مدين التركة، وكان هذا الحجز سابقاً على نفاذ الحوالة وذلك بتوقيعه قبل إعلان المدين بها أو قبوله

لها، فإن الدائن الحاجز يزاحم المحال له في الحق محل الحوالة، أما إن كان الحجز لاحقاً لنفاذ الحوالة، فإن المحال له يقدم على الحاجز . (أنور طلبة ص٧٥٠ وما بعدها)

وتنص المادة ٤٧٥ مدني على أن " إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد " .

- **رد البائع عسى أن يكون قد استوفاه من الديون التي للتركة** :

إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون وجب رد ما استوفاه إلى المشتري. وإذا باع شيئاً من مشتملات التركة دخل الثمن فيما يجب عليه أن يعطيه للمشتري، وكذلك إذا استهلك شيئاً من التركة وجب عليه رد ثمنه إلى المشتري. ويجب على البائع أيضاً أن يرد للمشتري ما استولى عليه من ثمار أموال التركة من وقت وفاة المورث كل هذا ما لم يتفق صراحة عند البيع على عدم رده. وإذا كان بعض هذه الأموال قد هلك واستحق عن هلاكه تعويض أو تأمين، وجب على البائع رد ما حصل عليه. (خميس خضر ص٣٣١)

وتنص المادة ٤٧٦ مدني على أن " يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك" .

- **التزام المشتري برد ما وفاه البائع من ديون التركة** :

ذكرنا فيما سلف أن المشتري يلزم بدفع الثمن المتفق عليه في عقد البيع وفوائده ومصروفات العقد؛ وهنا التزام آخر تنص عليه المادة ٤٧٦ مدني بقولها: "يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك". فالمشتري يلزم بجانب دفع الثمن المتفق عليه بأن يرد للبائع ما يكون قد وفاه من ديون وتكاليف على التركة سواء أكان قد وفاها قبل البيع أو بعده، لأن التركة هي المدينة بهذه الديون لا الوارث شخصياً ولأن البيع لا ينقل إلى المشتري إلا ما يتبقى من حقوق في التركة بعد سداد ما عليها من ديون. وإذا كان البائع دائناً للمورث، تحمل المشتري نصيب الحصة المبيعة في هذا الدين، أي أنه يحسب للبائع كل دينه ويتحمل المشتري نصيبه في ذلك باعتباره مالكاً للحصة المبيعة. (خميس خضر ص٣٣٣) وكل هذا يجوز الخروج عليه باتفاق الطرفين.

بيع المريض مرض الموت

وتنص المادة ٤٦٣ من القانون المدني على أن " إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته .

أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة فإن البيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين.

ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦".

- **المقصود بمرض الموت** :

يرجع في تعريف مرض الموت إلى الفقه الإسلامي وما استقر عليه القضاء. وقد عرفته المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية التي قننت الفقه الحنفي بأنه "مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن. وإن امتد مرضه ومضت سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله.

ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، يعد حاله اعتبارا من وقت التغير على الوفاة مرض موت" ويتضح من هذا التعريف أنه يشترط في المرض لاعتباره مرض موت توافر ثلاثة شروط: ١) أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه. ٢) وأن يغلب فيه الموت. ٣) وأن ينتهي بالموت فعلاً. **ونعرض لهذه الشروط الثلاثة فيما يأتي:**

(١) **المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه**: يجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادلة المألوفة التي يستطيع الأصحاب عادة مباشرتها، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الإناث. وليس واجباً، ليكون المرض مرض موت، أن يلزم المريض الفراش، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه. وعلى

العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه، ولكن لا بسبب المرض، فلا يعتبر في مرض الموت. فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة، ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أوهنته، فهذا لا يكون مريضاً مرض الموت، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء. أو يكون عاجزاً من مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض، كما إذا كان محترفاً حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته، فيقعده مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس، فلا يكون في هذه الحالة مريضاً مرض الموت. (السنهوري ص٢٦٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن "مادامت المحكمة قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها عن مرض المورث أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي وأن هذا المرض قد اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها" (الطعن رقم ١٣٢ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٣/٢٣)، وبأنه "أداء المورث بعض الأعمال في فترات متقطعة من مدة مرضه كقبضه مبلغاً من المال وفكه رهناً حيازياً وحصول هذه الأعمال منه قبل وبعد تحرير العقدين المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت – ذلك ليس من شأنه أن ينفي ما انتهت إليه المحكمة من أن المورث كان في فترة اشتداد مرضه عاجزاً عن الأعمال العادية حتى إنه أناب عنه غيره في مباشرتها لأن قيامه بمثل ما قام به لا يمنع من اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى بموته" (الطعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)، وبأنه "متى كانت المحكمة وهي في صدد عقد طعن فيه بأنه صدر في مرض موت البائعة، قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وأنه انتهى فعلاً بوفاتها. فإن في هذا الذي قررته ما يكفي في اعتبار أن التصرف حصل إبان مرض موت المتصرفة ويكون في غير محله النعي عليه بمخالفة القانون في هذا الخصوص" (الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٥/٨)، وبأنه "لا يشترط في مرض الموت لزوم صاحبه الفراش على وجه

الاستمرار بل يكفي أن يلازمه وقت اشتداد العلة به. كما لا يشترط فيه أن يؤثر على سلامة إدراك المريض أو ينقص من أهليته للتصرف. ومن ثم فإن ذهاب المورث إلى المحكمة وإقراره بصحة توقيعه على العقود المطعون عليها لا يمتنع معه اعتبار مرضه مرض موت متى كان شديداً يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بموته" (الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)، وبأنه "لا تثريب على المحكمة إذا هي اتخذت مما ورد في شهادة الطبيب المعالج المكتوبة من أنه تولى علاج المورث لمدة تزيد على ستة شهور قبل وفاته وأنه كان مريضاً بنزلة شعبية مزمنة ودرن رئوي وأنه كان طريح الفراش أحياناً وأحياناً أخرى كان ينتقل إلى جهة أخرى للعلاج وأن سبب وفاته على ما يذكر هو الدرن الرئوي وهبوط في القلب، وكذلك من شهادة كشف الأشعة، دليلاً مضافاً إلى الأدلة والقرائن الأخرى التي ساقتها على مرض المورث بالسل من تاريخ الكشف عليه بالأشعة واشتداد هذا المرض عليه بعد ذلك ووفاته بسببه. مما أدى بها إلى اعتباره مرض موت وتقريرها بناء على ذلك ببطلان العقدين المطعون فيهما لتحريرهما خلال فترة اشتداده، وهي بما لها من سلطة التقدير في هذا الشأن لا حاجة بها إلى اتخاذ أي إجراء آخر في هذا الصدد" (الطعن رقم ٥٥ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)، وبأنه "المقصود بمرض الموت أنه المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة. فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به" (الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٠ق جلسة ١٩٧٦/١/٧).

كما قضت بأن "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك، ويشعر معه المريض بدنو أجله، وأن ينتهي بوفاته، وإذ نفى الحكم حصول التصرفين في مرض موت المورث مما استخلصه من أقوال الشهود من أن مرضه لم يكن شديداً يغلب فيه الهلاك، إذ أنه كان يباشر أعماله العادية خارج منزله وقت صدور التصرفين منه وإلى ما قبل وفاته بثلاثة أشهر فإن ذلك من الحكم ليس فيه ما يخالف تعريف مرض

المـوت وكـان لحمـل قضـائه" (١٩٧٣/٢/٦ مجموعـة أحكـام الـنقض لسـنة ٢٤ ص١٠١).

(٢) **أن يغلب في المرض خوف الموت**: فلا يكفي أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه، بل يجب أيضاً أن يغلب فيه خوف الموت، فيكون مرضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت، أو يكون مرضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حال المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت. ومن أمثلة الأمراض التي يسوقها الفقه مرض السرطان والكوليرا والذبحة الصدرية، وإن كانت مسألة اعتبار المرض مما يغلب فيه الهلاك مسألة موضوعية تختلف من وقت لآخر ويفصل فيها القضاء مستهدياً بظروف الحال وآراء الخبراء. فإن لم يكن المرض بهذه الخطورة لم يكن مرض موت ولو أعجز صاحبه عن قضاء مصالحه. مثل ذلك أن يصاب الإنسان برمد في عينيه فيعجزه عن الرؤية، أو بمرض في قدميه فيعجزه عن المشي، فلا يستطيع قضاء مصالحه، ولكن المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها خوف الموت. فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز عن قضاء مصالحه، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء. وكذلك الأمراض المزمنة، إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل، لا تكون في هذا الوقت مرض موت. (السنهوري ص٢٦٣)

وقد قضت محكمة النقض بأن "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب به الهلاك، فهو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل عن القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به" (الطعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ق جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٧، الطعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ق س٢٨ ص١٧٢٤ جلسة ١٩٧٧/١٢/٦، جلسة ١٩٦٣/٤/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٥ ص٦٢٦، جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً – ٦ – ٩٥٦)، وبأنه "المقصود بمرض الموت، أنه المرض الشديد الذي

يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقدير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت، وإن لم يكن أمر المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة، فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير العاجز من قبل على القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت، فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به" (نقض ١٩٧٦/١/٧ س٢٧ ص١٤٦)، وبأنه "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت على ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهي بوفاته فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة ولا تعد حالته من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة" (الطعن رقم ٥٦ لسنة ٢٢ق جلسة ١٩٥٥/٤/٢١)

(٣) **أن ينتهي المرض بالموت**: يشترط ثالثاً لاعتبار المرض مرض موت أن ينهى المرض بالموت فعلاً؛ ولكن لا يلزم أن يكون الموت بسبب المرض نفسه لأن العبرة بالحالة النفسية للمريض وقت التصرف وهو يأسه من الحياة، ولذلك يعتبر التصرف صادراً في مرض الموت متى صدر أثناء مرض المتصرف بمرض مما يغلب فيه الموت ومات فعلاً قبل أن يزايله الإحساس باليأس من الحياة ولو كان الموت سبب آخر كالحريق أو الغرق أو مرض آخر مفاجئ. (السنهوري بند ١٧٨ – شنب بند ١٣ – منصور ١٢٩ – البدراوي بند ٤١٧ – مرقص بند ٣٢٥ – غانم ص٤٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن "حق الوارث في مال مورثه لا يظهر في الوجود ولا يكون له أثر إلا بعد موت المورث كما أن المرض لا يمكن اعتباره مرض موت إلا إذا انتهى بموت صاحبه مما لا يتأدى معه معرفة أن المرض من أمراض الموت إلا بتحقق هذه النتيجة. ومن ثم فمادام المتصرف كان ما يزال حياً فإنه ما يقبل من الوارث أية منازعة في العقود المطعون عليه تقوم على صدورها في مرض موت المتصرف أو على أنها تخفي وصايا" (الطعن رقم ٢٦ لسنة ٢٩ق جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦)، وبأنه "المرض الذي يطول أمده عن سنة لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وهو لا يعتبر كذلك إلا في فترة الشدة الطارئة، وحكمة ذلك أن في استطالة المرض على حاله ما يدفع عن المريض اليأس من الحياة ويلحق المرض بالمألوف من عاداته وأن

فيما يصيبه من شدة ما يقطع عنه الرجاء ويشعره بدنو أجله، وما يعتبر بهذا الوصف شدة للمرض هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع ولا سبيل للجدل فيه أمام محكمة النقض" (الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/١١/٢٣)، وبأنه "إذا كان الذي أورده الحكم في صدد مرض الموت يفيد أن المرض إذا استطال سنة فأكثر لا يعتبر مرض موت إلا إذا اشتدت وطأته وأعقبته الوفاة فلا مخالفة في هذا القانون واستخلاص اشتداد وطأة المرض هو استخلاص موضوعي، فمتى أقام الحكم قضاءه في نفي اشتداد المرض وقت صدور التصرف المطعون فيه على أسباب سائغة فلا يقبل الجدل في ذلك أمام محكمة النقض" (الطعن رقم ١٧٥ لسنة ١٩ق جلسة ١٩٥١/١٠/٢٥)، وبأنه "العبرة في اعتبار المرض الذي يطول أمده عن سنة مرض موت هي بحصول التصرف خلال فترة تزايده واشتداد وطأته على المريض للدرجة التي يغلب فيها الهلاك وشعوره بدنو أجله ثم انتهاء المرض بالوفاة" (الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٣٥ق جلسة ١٩٥٩/٦/١١)، وبأنه "الحالة النفسية للمريض من رجاء ويأس وإن كانت هي الحكمة التي من أجلها قرر الفقهاء قاعدة أن المرض لا يعتبر مرض الموت إذا طال أمده عن سنة إلا إذا اشتد، إلا أنه لا يسوغ التحدي بحكمة مشروعية هذه القاعدة في كل حالة للقول بتوافرها أو انعدامها. وإذن فإذا كان الحكم إذ قضى برفض دعوى الطاعنة بشأن بطلان عقد البيع الصادر إلى المطعون عليها من مورثهما وعدم نفاذ تصرفاته لصدورها منه في مرض موته قد أقام قضاءه على ما استخلصه من أن المورث وإن كان قد أصيب بشلل نصفي في أكتوبر سنة ١٩٤٢ إلا أن مرضه استطال حتى توفي في أبريل سنة ١٩٤٤ بسبب انفجار فجائي في شريان بالمخ، وأن التصرفات المطعون عليها صدرت منه بعضها في يوليو وآخرها في نوفمبر سنة ١٩٤٣ وأنه وإن كان قد أصيب بنوبة قبل الوفاة بمدة تقرب من ستة شهور إلا أن هذه النوبة – التي لم يحدد تاريخها بالدقة – كانت لاحقة للبيع وأنه بفرض التسليم بأنها سبقت سائر التصرفات المطعون عليها إلا أنها لم تغير من حال المريض إلا تغييراً طفيفاً لم يلبث أن زال وعاد المرض إلى ما كان عليه من استقرار – إذا كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك وكان ما أثبته من اشتداد المرض واستطالته وأثره في حالة المريض مما يستقل بتقديره قاضي الموضوع – كان النعي عليه أنه أخطأ في تطبيق القانون بمقولة

أنه لم يعتد بالعامل النفسي الذي يساور المريض إذ اعتبر أن الانتكاس لا يكون دليلاً على عدم استقرار المرض إلا إذا كان شديداً في حين أن المرض الذي ينتهي بالموت ويطول أمده عن سنة يعتبر مرض موت إذا اشتد والانتكاس مهما كان طفيفاً دليل على عدم استقرار المرض –كان النعي عليه بذلك لا يعدو أن يكون جدلاً مما يستقل به قاضي الموضوع" (الطعن رقم ٢٠٩ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٥/١١/٢٣).

كما قضت بأن "إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع استخلصت اشتداد وطأة المرض وتزايده على البائعة من ظروف الدعوى وملابساتها ومن إقدام زوج البائعة والمشتري منها على أخذ تصديقها على البيع يوم وفاتها بمنزلها وقبل أن يتم كاتب التصديقات مأموريته – ولما كان الظرف الأخير لا يدل بذاته على تزايد المرض واشتداد وطأته على البائعة في الفترة التي حصل فيها التصرف كما لا يدل عليه أيضاً مجرد إشارة المحكمة إلى ظروف الدعوى وملابساتها دون بيان لهذه الظروف والملابسات – فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى القول بأن العقد محل الدعوى صدر من البائعة وهي في مرض الموت يكون قد عاره قصور في التسبيب يستوجب نقضه" (الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٢٥ق جلسة ١٩٥٩/١/١١) وبأنه "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته، فإذا استطال المرض لأكثر من سنة فلا يعتبر مرض موت مهما يكن من خطورة هذا المرض واحتمال عدم برء صاحبه منه، وتكون تصرفات المريض في هذه الفترة صحيحة، ولا تعد استطالة المرض حالة من حالات مرض الموت إلا في فترة تزايدها واشتداد وطأتها، إذ العبرة بفترة الشدة التي تعقبها الوفاة. وقيام مرض الموت أو عدم قيامه هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع" (الطعن رقم ١٠٠٢ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٢/٨)

ويلحق بالمريض مرض الموت في أحكامه كل من كان صحيحاً ولكنه يشرف على الموت بعارض غير المرض. فالمحكوم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق ولم تتهيأ له وسائل الإنقاذ، ومن داهمته حريق لا سبيل للنجاة منها، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول، ومن عقد نيته على الانتحار،

كل هؤلاء أصحاء ليس بهم مرض، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت. (السنهوري ص٢٦٤)

• **عبء إثبات مرض الموت** :

ويعتبر المرض واقعة مادية فيجوز إثباته بجميع الطرق، ويقع على الورثة عبء الإثبات، وإن كان تاريخ التصرف العرفي يعتبر حجة بالنسبة للورثة ولكن إذا أثبت هذا التاريخ على غير الحقيقة بأن قدم لإخراج التصرف عن فترة مرض الموت كان ذلك غشاً وجاز للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق. (أنور طلبة ص٧٥٧)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إثبات التاريخ لا يكون إلا بإحدى الطرق التي عينها القانون، ولا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً، إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن صدوره كان في مرض الموت" (جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص١٧٤٢، جلسة ١٩٤١/١/٢٣ مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض في الـ٢٥ عاماً قاعدة ٢٦ ص١٠٠٢)، وبأنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية في التقدير أن المورث لم يكن مسلوب الإرادة ولا مريضاً مرض الموت وقد صدور التصرف ولذلك فإنه يأخذ حكم تصرف السليم وكان ما استخلصته في هذا الشأن لا يخالف الوقائع الثابتة التي استندت إليها وتضمنت الرد الكافي على ما أثاره الطاعنون فإن النعي على الحكم المطعون فيه بالخطأ في القانون والقصور يكون في غير محله" (جلسة ١٩٦٠/٦/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص٤٣٢، جلسة ١٩٥٣/١٢/١٠ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ٢٥ عاماً قاعدة ١٣ ص٩٠٨، جلسة ١٩٥١/٦/٧ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الـ ٢٥ عاماً قاعدة ١٢ ص٩٥٨)، وبأنه "إذا كان الحكم حين قضى ببطلان التصرف الصادر من مورث المتصرف له بناء على أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت قد اقتصر على تقرير أن المورث المذكور كان مريضا مرضاً انتهى به إلى الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض، وهل كان الهلاك غالباً فيه وقت حصول التصرف، فإنه يكون قاصراً قصوراً يعيبه بما يبطله" (الطعن رقم ٦٥ لسنة

١٨ق جلسة ١٩٥٠/١/١٢)، وبأنه "وإن كانت المادة ٩١٦ من القانون المدني قد نصت على أنه لا يحتج على الورثة الذين يطعنون على التصرف بأنه صدر في مرض الموت بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. إلا أن هذا التاريخ يظل حجة عليهم إلى أن يثبتوا هم عدم صحته وأن التصرف صدر في تاريخ آخر توصلاً منهم إلى إثبات أن صدوره كان في مرض الموت فإذا عجزوا عن هذا الإثبات ظل التاريخ المذكور في العقد حجة عليهم باعتبارهم خلفاً لمورثهم" (الطعن رقم ٤٥ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٧/٥/١١)، وبأنه "من الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت أن يكون المرض مما يغلب فيه الهلاك ويشعر معه المريض بدنو أجله وأن ينتهي بوفاته واستخلاص حصول هذا المرض بشروطه من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بها" (الطعن رقم ١٦٩٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨). كما قضت بأن "ثبوت مرض الموت أو انتفاؤه هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من الأوراق المطروحة على بساط البحث في الدعوى متى كان استخلاصاً سائغاً" (الطعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)، وبأنه "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفي دفاع جوهري بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانوناً هو حق له يتعين على محكمة الموضوع إجابته إليه متى كانت هذه الوسيلة منتجة في النزاع ولم يكن في أوراق الدعوى والأدلة الأخرى المطروحة عليها ما يكفي لتكوين عقيدتها فيه. وإذ كان يجوز للوارث أن يثبت بشهادة الشهود أن هبة مورثه صدرت في مرض موته حتى تعتبر الهبة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت فتسري عليه أحكام الوصية طبقاً للمادة ٩١٦ من القانون المدني وكان الثابت من الحكمين المطعون فيهما أن كلا من الطاعنين قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بأن هبة مورثهما إلى أخيهما المطعون ضده الثاني صدرت منه في مرض موته وطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك، فإن كلاً من الحكمين إذا رفض هذا الطلب على سند من مجرد قوله أن الطاعن لم يقدم دليلاً أو قرينة على أن المورث كان مريضاً وقت الهبة وهو رد لا يواجه طلب الطاعن إحالة الدعوى إلى التحقيق فإنه يكون فضلاً عن إخلاله بحق الدفاع مشوباً بالقصور الذي يستوجب نقضه" (طعنان رقما ١٠٣١ ، ١٠٣٢ لسنة ٥٠ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٢)، وبأنه "المادة ٩١٦ من القانون المدني تنص في فقرتها الثالثة على

أنه "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف في مرض الموت، فإن البيع يكون هبة مستترة، ولا يؤبه بالثمن المكتوب في العقد، وإنما يكلف المشتري بإثبات أنه دفع ثمناً في المبيع، ومقدار هذا الثمن الذي دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع في حق الورثة إعمالاً لحكم المادة ٤٧٧ من القانون المشار إليه" (الطعن رقم ٥١٩١ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠)، وبأنه "مفاد نص المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من القانون المدني أن العبرة في اعتبار التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت أن يكون على سبيل التبرع أو أن يكون الثمن يقل عن قيم المبيع بما يجاوز ثلث التركة فإذا أثبت الورثة أن البيع تم في مرض الموت اعتبر البيع على سبيل التبرع ما لم يثبت المشتري عكس ذلك، لما كان ذلك، وكانت أسباب الحكم المطعون فيه وما اعتنقه من أسباب الحكم المستأنف قد استدل بقرائن سائغة على أن الثمن دفع وأنه يتساوى مع قيمة المبيع واستخلص ذلك من الخطاب الذي أرسله المورث قبل التصرف إلى الشاهد بأن البائعين كانوا يبحثون عن مشتر للأرض في حدود ثمن خمسمائة جنيه للفدان وقد رفضت إحدى المشتريات التي ورد اسمها في الخطاب المؤرخ ١٩٧٧/٦/١٨ الشراء بهذا الثمن وكذلك من أقوال شاهد المطعون ضدهم بأن المورث كان يبغى إيداع قيمة نصيبه من ثمن البيع بنك مصر وهو في حدود خمسة أو ستة آلاف جنيه بما يعني أن العقد لم يكن مقصوداً به التبرع وأن الثمن في الحدود المناسبة لقيمة المبيع وهي قرائن كافية وحدها لحمل قضاء الحكم في إثبات العوض وإثبات تناسبه مع قيمة المبيع، ومن ثم فلا حاجة للحكم للتحدث عن صدور التصرف في مرض الموت أو إثبات ذلك بطريق آخر طالما كونت المحكمة عقيدتها من قرائن ثابتة لها أصلها في الأوراق" (الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٩١/٣/٢٧). كما قضت بأنه "إذا كان الطاعن لا ينعى على الحكم أنه أخطأ في التعريف بمرض الموت، وإنما ينعى عليه أنه خالفه في بعض تقريراته وأنه لم يطبقه تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى، وكان ما أشار إليه من تلك التقريرات لا يتعارض مع ذلك التعريف، وما استخلصه الحكم، من وقائع الدعوى وأوراقها وشهادة الشهود الذين سمعوا فيها، من أن المتوفى كان مريضاً مرض الموت حين حرر عقد البيع الذي هو

محل الدعوى، سائغاً مقبولاً، فإنه لا يكون ثمة محل لما نعاه الطاعن عليه" (الطعن رقم ١٥٥ لسنة ١٧ق جلسة ١٩٤٩/١/١٣)، وبأنه "متى كان الثابت من أوراق الدعوى أن ما دفع به الطاعنون من أن المورث وقت التعاقد كان في مرض الموت هو قول عابر ولم يقدموا ما يثبت أنهم طلبوا إلى محكمة الموضوع إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات هذا الدفاع أو أنهم قدموا إليها دليلاً عليه كما لم يقدموا ما يثبت أنهم أثاروه لدى محكمة الاستئناف فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه إغفاله الرد على هذا الدفاع الذي تخلى عنه الطاعنون" (الطعن رقم ٦٠ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/٢/٧)، وبأنه "إذا حصلت المحكمة مما تبينته من وقائع الدعوى وظروفها أن المورث كان مريضاً بالفالج وأن مرضه طال حوالي خمس سنين ولم يشتد عليه إلا بعد صدور السندين المطعون فيهما، وبناء على ذلك لم تعتبر أنه كان مريضاً مرض الموت وأن السندين صحيحان، فلا سبيل لإثارة الجدل بشأن ذلك أمام محكمة النقض لأن هذا مما يتعلق بتحصيل فهم الواقع في الدعوى وخصوصاً أن مرض الفالج إذا طال فلا يغلب فيه الهلاك" (الطعن رقم ٣٢ لسنة ١٣ق جلسة ١٩٤٣/٣/٣٠)، وبأنه "متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم تر فيما قاله الطاعن من أن البائعة كانت مريضة مرض الموت عند تحرير عقد البيع إلا مجرد ادعاء غير جدي لأن الطاعن لم يقدم دليلاً أو حتى قرينة على أنها كانت مريضة فإن المحكمة بناء على هذه الأسباب السائغة التي أوردتها تكون قد رفضت ضمناً طلب الإحالة على التحقيق لإثبات مرض الموت، وهذا لا خطأ فيه في تطبيق القانون كما لا يشوبه القصور" (الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٢٠ق جلسة ١٩٥٢/١١/٢٧)، وبأنه "أن الوارث وإن كان لا يرتبط بالتاريخ العرفي الوارد في ورقة التصرف الصادر من مورثه متى كان له قانوناً حق الطعن في ذلك التصرف. إلا أنه ليس له أن يطالب بعدم الاحتجاج عليه بذلك التاريخ لمجرد كونه غير ثابت بصفة رسمية، بل كل ما له هو أن يثبت بكافة الطرق القانونية أن التصرف المطعون فيه لم يصدر في تاريخه العرفي وإنما صدر في تاريخ آخر ليتوصل من ذلك إلى أن صدوره كان في مرض الموت فيكون باطلاً. ذلك لأن حق الوارث يتعلق قانوناً بمال مورثه بمجرد حصول مرض الموت فلا يملك الوارث بعده حق التصرف في ماله الذي يعتبر في حكم المملوك لوارثه، مما يقتضي أن تكون العبرة في هذه المسألة

هي بصدور التصرف فعلاً في أثناء مرض الموت بصرف النظر عن التاريخ الموضوع له، وإذن فإذا كان الحكم لم يعتبر التصرف من المورث لبعض الورثة لمجرد كون تاريخه عرفياً وأن المورث توفي على أثر المرض، دون بحث في حقيقة التاريخ المدون في العقد والتحقق من أن التصرف إنما صدر فعلاً في مرض الموت، فإنه يكون مخطئاً في تطبيق القانون" (الطعن رقم ٦٤ لسنة ١٢ق جلسة ١٩٤٣/٤/١٥). كما قضت بأنه "مادامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المتقدمتين فيها عن مرض الموت أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي، وأن هذا المرض اشتد به وقت تحرير العقد المطعون عليه، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد، فإنها تكون قد أوردت في حكمها من الأسباب ما يكفي لحمل قضائها" نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٢ ص٣٦٥). وقضت أيضاً بأن "محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود أن البائعة أصيبت بمرض يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بوفاتها، وهذا يكفي" (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٨ ص١٠٤٨)، وقضت كذلك بأنه "متى كان الحكم إذ نفى حصول البيع في مرض موت البائع قد قرر للأسباب السائغة التي أوردها أنه في الوقت الذي تصرف فيه كان في حال صحته وأنه سابق على فترة مرض عادي لا يغلب فيه الهلاك، فإن هذا الذي قرره لا عيب فيه" (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٥ ص٢٣٧).

- **الحكمة من تقييد التصرف في مرض الموت** :

الحكمة في تقييد التصرف هو أن حق الورثة يتعلق بمال مورثهم من وقت مرضه الذي يموت فيه. فإذا صدرت منه تصرفات تنطوي على تبرع منذ هذا المرض كان لهذه التصرفات حكم الوصية. كما أن المورث المريض وقد شعر بدنو أجله فإنه يفكر أحياناً في محاباة بعض الورثة أو إيثارهم على البعض الآخر، أو التصرف في بعض أمواله للغير. (السنهوري ص٣٢٣ – أحمد نجيب الهلالي وأحمد زكي ص٢٠٤)

- **ويتعين أن يتمسك صاحب الشأن بالدفع بوقوع التصرف في مرض الموت على نحو واضح جازم** :

فقد قضت محكمة النقض بأن "الوارث لا يعتبر في حكم الغير بالنسبة للتصرف الحاصل من المورث إلا إذا كان طعنه على ما التصرف هو أنه وإن كان في ظاهره بيعاً منجزاً إلا أنه في حقيقته يخفي وصية إضراراً بحقه في الميراث أو أنه صدر في مرض الموت فيعتبر إذ ذلك في حكم الوصية لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر النظام العام. أما إذا كان مبنى الطعن في العقد أنه صوري صورية مطلقة وإن علة تلك الصورية ليست هي الاحتيال على قواعد الإرث، فإن حق الوارث في الطعن في التصرفات في هذه الحالة إنما يستمده من مورثه لا من القانون ومن ثم لا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات. وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليهم رفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبيت ملكيتهم إلى حصتهم الشرعية في تركة مورثهم فتمسك الطاعن بأنه المشتري من والده المورث جزءاً من الأطيان فطعن بعض الورثة في عقد البيع بالصورية استناداً إلى أن الطاعن كان قد استصدره من والده لمناسبة لمصاهرته أسرة طلبت إليه أن يقدم الدليل على كفايته المالية وطلبوا إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ذلك بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة، فنازع الطاعن في جواز الإثبات بهذا الطريق، وكان الحكم إذ قضى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما نعاه المطعون عليهم على العقد بأي طريق الإثبات قد أقام قضاء على أنهم يعتبرون من الأغيار أياً كان الطعن الذي يأخذون به على التصرف الصادر من مورثهم للطاعن – فإن الحكم إذ أطلق للمطعون عليهم حق إثبات مطاعنهم على هذا التصرف في حين أن علة الصورية إنما كانت إعطاء الطاعن مظاهر الثراء لتيسير زواجه بإحدى العقيلات يكون قد خالف قواعد الإثبات" (١٩٥٠/١٢/١١ مجموعة القواعد القانونية في الـ٢٥ عام بند ٢٢ ص١٠٠٢)

- **أحكام بيع المريض مرض الموت** :

البيع في مرض الموت إما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة، أو بثمن يقل بما يجاوز هذا الثلث، أو بغير ثمن أصلاً وفي

هذه الحالة يكون البيع هبة مستترة. فإذا أثبت المشتري أنه دفع ثمن لا يقل عن قيمة المبيع أي أنه دفع ثمناً مساوياً لقيمته كان البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة سواء كان البيع لوارث أو لغير وارث، وتقدر قيمة المبيع بوقت الموت لا وقت البيع، ولا يعتبر بيت المال وارثاً – إن لم يوجد وارث– فلا يصح أن يطعن في التصرف. وإذا أثبت المشتري أن الثمن الذي دفعه للمبيع يقل عن قيمته بما لا يجاوز ثلث قيمة التركة فلا ينفذ فيما يجاوز الثلث إلا بإجازة الورثة على أن يكونوا أهلاً للتبرع فلا إجازة لصبي أو مجنون أو محجور عليه أو مريض مرض الموت، ويجب أن يكون المجيز عالماً بالعيب وراغباً في تصحيحه وأن تقع الإجازة بعد الموت، فاشتراك الورثة في العقد لا يعتبر إجازة، وللمشتري إنذار الورثة ليعلنوا ما إذا كانوا يجيزونه أم لا.

وقد قضت محكمة النقض بأن "البيع الصادر في مرض الموت لابنة البائع يكون صحيحاً في حق من أجاز من الورثة ولو قضى ببطلانه بالنسبة لمن لم يجزه منهم. فإذا امتنع من أجاز البيع عن تسليم بعض الأطيان الواردة في العقد إلى المشترية بدعوى أنها من نصيبه في التركة فإن الحكم عليه لها بتثبيت ملكيتها لهذه الأطيان يكون صحيحاً ولا مخالفة للقانون فيه" (الطعن رقم ٧ لسنة ٧ق جلسة ١٩٣٧/٥/٢٠)، وبأنه "توقيع المطعون عليه الأول كشاهد على عقدي البيع – المطعون فيهما بصدورهما في مرض الموت – في وقت لم يكن قد أصبح فيه وارثاً لا يعدو أن يكون شهادة بصحة صدورهما من المورث، ولا يعتبر إجازة منه للعقدين، لأن هذه الإجازة لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، إذ أن صفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لا تثبت له إلا بهذه الوفاة، كما أن توقيعه على العقدين لا يفيد صحة التاريخ المعطى لكل منهما إذ لم يكن وارثاً وقت توقيعه كشاهد طبقاً لما تقدم ذكره" (الطعن رقم ٨١٦ لسنة ٤٣ق جلسة ١٩٧٧/١٢/٦).

أما إذا عجز المشتري عن إثبات الثمن اعتبر التصرف هبة تأخذ حكم الوصية فإذا زادت قيمة العين على ثلث التركة لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة ويستوي أن يكون التصرف لوارث أو لغير وارث.

- **التصرف الصادر في مرض الموت يخضع لحكم المادة** (٩١٦) :

تنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ على أن "ويسري على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦".

والمادة ٩١٦ المشار إليها قد وضعت القاعدة العامة لحكم تصرفات المريض في مرض الموت وهي تقضي بأن "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف.

وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

فالمادة تقضي في فقرتها الأولى بأن تصرف المريض مرض الموت المقصود به التبرع يأخذ حكم الوصية. ومفاد ذلك أنه إذا كان المال محل التصرف تزيد قيمته على ثلث التركة وقت الوفاة فإن الوصية تصح وتنفذ بقدر الثلث من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن النص في المادة ٤٧٧ من القانون المدني على أن "إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت، فإن البيع يسري في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة داخلاً فيها المبيع ذاته. إما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن البيع – فيما يجاوز الثلث – لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين، وفي المادة ٩١٦ منه على أن "كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت، ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف..... وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" – يدل على أنه إذا أثبت الورثة أن البيع صدر في مرض موت مورثهم، فإن المشرع يفترض أن هذا البيع هو في حقيقته هبة ما لم ينقض المشتري هذه القرينة القانونية غير القاطعة بإثبات أنه دفع ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته، فيكون

البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم لانتفاء شبهة المجاملة في الثمن. وإذا ثبت أن ما دفعه من ثمن يقل عن قيمة المبيع بمقدار الثلث، فإن البيع يسري أيضاً في حق الورثة لدخول ما تمت المحاباة فيه من الثمن في نطاق ما يجوز الإيصاء به، وفي الحالتين لا يكون ثمة محل لتحقيق صدور البيع في مرض الموت، أما إذا جاوزت الزيادة الثلث، فإن البيع يأخذ حكم الوصية ولا يسري في حق الورثة – في حدود هذه الزيادة – إلا بإجازتهم، أو بتقاضيهم ما يكمل ثلثي التركة من المشتري، وعندئذٍ يتعين تحقيق الدفع بصدور البيع في مرض الموت" (الطعن رقم ١٨٥٩، ٢٤٤٤، ٢٤٤٧ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٢)، وبأنه "قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذي يحكم الواقعة نص على أن الوصية لا تنفذ من غير إجازة الورثة إلا في حدود ثلث تركة الموصي بعد سداد جميع ديونه، ولم يتعرض هذا القانون صراحة للوقت الذي تقوم فيه التركة وتحدد ثلثها، إلا أن الراجح في مذهب أبي حنيفة أن يكون تقدير الثلث الذي تخرج منه الوصية بقيمة وقت القسمة والقبض؛ لأنه هو وقت استقرار الملك وتنفيذ الوصية وإعطاء كل ذي حق حقه وحتى لا يكون هناك غبن على أي واحد من الورثة أو الموصي له فيها بعطاء ورتبوا على ذلك – كل ما يحدث في الفترة ما بين وفاة الموصي والقسمة من نقص في قيمة التركة أو هلاك في بعض أعيانها يكون على الورثة والموصى له، وكل زيادة تطرأ على التركة في هذه الفترة تكون للجميع" (جلسة ١٩٧٧/١٢/٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨ ص١٧٤٢)، وبأنه "البيع في مرض الموت لأجنبي يختلف حكمه فإن ثبت أنه هبة مستورة أي تبرع محض فحكمه أن وصية لا تنفذ إلا في ثلث تركة البائع، وإن ثبت أنه عقد صحيح مدفوع فيه الثمن ولكن فيه شيئاً من المحاباة فله حكم آخر. وعلى ذلك فإذا دفع ببطلان عقد بيع لكونه مزوراً على البائع أو لكونه على الأقل صادراً في مرض موته، وقضت محكمة الدرجة الأولى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ونفي صدور العقد في مرض الموت، واستؤنف هذا الحكم التمهيدي فقضت محكمة الدرجة الثانية بإلغائه وتصدت لموضوع الدعوى فحكمت فيه بصحة العقد على أساس أن المشتري ليس وارثاً وأنه لا محل إذن لتحقيق دور العقد في مرض الموت إلا إذا كان ثمة محاباة في الثمن تزيد على ثلث مال البائع في حين أن الطاعن في العقد يبني طعنه على أن هذا العقد إنما هو تصرف بطريق

التبرع الذي لم يدفع فيه ثمن، فحكمها على أساس ذلك التوجيه، وهو تصحيح عقد البيع واعتباره عقد بيع حقيقي فيه الثمن مدفوع فعلاً مع عدم بيان الأسباب التي دعتها إلى رفض ما ادعاه الطاعن من عدم دفع الثمن ولا الأسباب التي أقنعتها بدفع هذا الثمن، هو حكم باطل لقصور أسبابه" (الطعن رقم ٧٧ لسنة ٣٠ق جلسة ١٩٣٤/٤/٢٦)، وبأنه "إذا قضت المحكمة باعتبار العقد المتنازع عليه عقد بيع صادر في مرض الموت حكمه حكم الوصية لأجنبي لا ينفذ إلا في ثلث تركة البائع، ثم حكمت في الوقت نفسه تمهيدياً بندب خبير لحصر أموال البائع وتقدير ثمنها لمعرفة ما إذا كانت الأطيان محل العقد تخرج من ثلثها أم لا. فلا تعارض في حكمها بين شطره القطعي وشطره التمهيدي، إذ أنه مع اعتبار العقد صادراً في مرض الموت حكمه حكم الوصية لأجنبي يصبح الفصل في طلب صحته ونفاذه كلياً أو جزئياً متوقفاً بالبداهة على نتيجة تقرير الخبير في المهمة التي كلفه بها" (الطعن رقم ١٢٧ لسنة ١٨ق جلسة ١٩٥٠/٢/٣).

ويتضح من الفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٩١٦ مدني سالفة الذكر أن من يقع عليه عبء إثبات أن التصرف تم في مرض الموت. وهم ورثة المتصرف، فإذا أثبتوا أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك أي يثبت أنه صدر على سبيل المعاوضة. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه. فهذا النص يعتبر كل ما يصدر من المريض في مرض الموت، مقصوداً به التبرع ويعطيه حكم الوصية، حتى ولو أخذ التصرف صورة المعاوضة. ولكن من صدر له التصرف يستطيع أن يثبت أن التصرف، رغم صدوره في مرض الموت، إلا أنه يتضمن معاوضة، وأنه دفع مقابلاً حقيقياً لما تلقاه من المورث. (عزمي البكري ص٩٤٠)

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد النص في المادتين ٤٧٧، ٩١٦ من القانون المدني أن البيع الحاصل في مرض الموت يعد قرينة على أنه تبرع تسري عليه أحكام الوصية ما لم يثبت المشتري أن العقد صحيح ودفع فيه ثمن حقيقي، أما إذا انطوى البيع على محاباة بأن زادت قيمة المبيع على الثمن بما لا يجاوز الثلث سرى البيع في حق الورثة، فإذا جاوز هذا القدر فلا يسري في حقهم إلا إذا أجازوه، والمقصود بمرض الموت هو المرض الشديد الذي يعجز فيه المريض عن القيام بمصالحه

العادية ويغلب فيه الهلاك ويشعر بدنو أجله ثم ينتهي بالوفاة، وعلى محكمة الموضوع التثبت من توافر تلك الشروط عند قضائها باعتبار التصرف صادراً في مرض الموت وفي حالة توافرها لا تقضي برفض دعوى المشتري بصحة التعاقد بل يجب عليها الفصل فيها باعتبار العقد وصية لا بيعاً" (الطعن رقم ٢٧٣١ لسنة ٦٤ق جلسة ٢٠٠٥/١١/٢٨)، وبأنه "المادة ٩١٦ من القانون المدني تنص في فقرتها الثالثة على أن "إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك" فإن مؤدى ذلك أنه إذا ثبت صدور التصرف في مرض الموت، فإن البيع يكون هبة مستترة، ولا يؤبه بالثمن المكتوب في العقد، وإنما يكلف المشتري بإثبات أنه دفع ثمناً في المبيع، ومقدار هذا الثمن الذي دفعه قبل التقرير بمدى سريان البيع في حق الورثة إعمالاً لحكم المادة ٤٧٧ من القانون المشار إليه" (الطعن رقم ٥١٩١ لسنة ٦٣ق جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠).

- **في حالة تعدد العقود الصادرة من المورث** :

إذا تعددت العقود الصادرة من المورث في مرض الموت، اعتبر المشترون في حكم الموصى لهم، واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم، ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخاً أو تسجيلاً. ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصي في مرض موته هو أيضاً في حكم الوصية، فيكون البيع في مرض الموت إما ناقضاً للوصية الأولى وإما نافذاً معها في حدود ثلث التركة. (محمد لبيب شنب ص٢٢ – السنهوري ص٣٣٢)

وتنص المادة ٤٧٨ مدني على أن " لا تسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة " .

- **حماية أصحاب الحقوق الغير حسن النية** :

رأينا فيما تقدم أن الفقرة الثانية من المادة ٤٧٨ مدني قد نصت على أنه "أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة، فإن المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسري في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما بقي بتكملة الثلثين" مفاده أنه إذا أخذ البيع حكم الوصية لصدوره في مرض الموت، وتجاوز قيمة المبيع أو المحاباة في الثمن ثلث التركة، ولم يرد المشتري للتركة ما يفي بتكملة الثلثين، فإن البيع لا

يكون نافذاً في مواجهة الورثة ما داموا لم يقروه، ويترتب على ذلك أن يكون لهم الحق في استرداد العين المبيعة من المشتري إذا كان قد تسلمها وذلك باعتبارها من أعيان التركة، ولكن نظراً لما يترتب على ذلك من ضرر للغير الذي يكون قد تعامل مع المشتري بشأن العين المبيعة ، فقد نصت المادة ٤٧٨ على أنه "لا تسري أحكام المادة السابقة إضراراً بالغير حسن النية، إذا كان قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة" ومعنى ذلك أنه إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعاً ببيعها لآخر فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية أي لا يعلم وقت الشراء أن للورثة حقاً فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع أما إذا كان المشتري سيء النية كأن أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف المريض أو كان عالماً بالمرض أو متواطئاً سخر البائع له بالشراء ليبيعه بعد ذلك، لم يجز له أن يطلب الحماية، وتسري هذه الأحكام إذا رهن المتصرف له أو رتب عليها حق ارتفاق أو انتفاع فلا يستوفى الورثة حقهم من العين إلا وهي محملة بهذا الحق. (أنور طلبة ص٧٦٦)

وحسن النية مفترض فلا يكلف المتصرف إليه إثبات حسن نيته، وإنما يتعين على الورثة إثبات أنه كان سيء النية عندما أبرم التصرف مع المشتري، فإن عجزوا عن هذا الإثبات، تعين اعتباره حسن النية ونفذ التصرف في حقهم. والعبرة بتوافر حسن وقت إبرام التصرف حتى لو كان محله عقاراً، فمتى توافر حسن النية في ذلك الوقت، نفذ التصرف في حق الورثة حتى لو أصبح المتصرف إليه سيء النية بعد ذلك أو عند التسجيل، رغم أن ظاهر نص المادة ٤٧٨ يوحي بأن العبرة بتوافر حسن النية بوقت كسب الحق العيني، وتكتسب الحقوق العينية الأصلية بالتسجيل، بينما تكتسب الحقوق العينية التبعية بالقيد، وفي حالة الأخذ بهذا الظاهر يصعب توافر حسن النية، إذ يكفي لاعتبار المتصرف إليه سيء النية، أن ينذره الورثة قبل التسجيل بعدم إجازتهم للتصرف رغم توافر حسن نيته قبل هذا الإنذار. (أنور طلبة ص٧٦٧ مرجع سابق)

بيـــع النائـــب لنفســـه

وتنص المادة ٤٧٩ مدني على أن " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى ".

- **حكم بيع النائب لنفسه** :

يبين من نص المادة ٤٧٩ مدني سالفة الذكر أنها لا تعدو أن تكون تطبيقاً محضاً للمادة ١٠٨ والتي تنص على أنه "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة .

ويلاحظ أنه وإن كانت المادة ٤٧٩ لم تنص على ما صرحت به المادة ١٠٨ من حظر تعاقد النائب مع نفسه سواء كان لحسابه هو أو لحساب شخص آخر إلا أن المنع من الشراء المنصوص عليه في المادة ٤٧٩ يسري على كل شراء يقوم به النائب عن البائع سواء كان الشراء لحسابه هو أم لحساب غيره، ومن جهة أخرى فإنه وإن كانت المادة ١٠٨ قد خلت مما نصت عليه المادة ٤٧٩ من شمول حظر شراء النائب باسم مستعار أو منع شرائه ولو في المزاد العلني إلا أن عموم نص المادة ١٠٨ يشمل هاتين الصورتين. ومن جهة ثالثة فإن المادة ١٠٨ استثنت من الحظر الوارد بها حالة ترخيص الأصيل في حين اشترطت المادة ٤٧٩ إذن القضاء، والصحيح أن الحظر يرتفع بإذن الجهة المختصة سواء كان الأصيل إذا كانت النيابة اتفاقية أو كانت المحكمة إذا كانت النيابة قضائية أو بنص القانون. (يراجع في ذلك منصور بند ١٣٢ – غانم ص١٠٦ – شنب بند ٢٤٠ –محمد كمال عبد العزيز ص٢٩٢)

ويخلص من ذلك أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير، لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً. والنيابة عن الغير قد تكون اتفاقية أو قانونية أو عن طريق أمر

من السلطة المختصة. والنيابة الاتفاقية، هي الوكالة. فمن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار، كأن يشتريه لزوجه أو لأحد أولاده أو لأي شخص يمت إليه بصلة ويكون المشتري في الواقع من الأمر مسخراً من النائب. وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع ولا معقب على تقديره في ذلك لمحكمة النقض، ويجوز إثباتها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية . (السنهوري ص٣٠٢ وما بعدها)

والنيابة القانونية، هي التي يكون مصدرها القانون كالولي، فلا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه ولا باسم مستعار. وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة. فالوصي والقيم والوكيل عن الغائب وأمين التفليسة والحارس القضائي كل هؤلاء يتولون عن غيرهم في بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية. والموظف العام قد ينوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية. فلا يجوز لأي من هؤلاء شراء المال لأنفسهم لا باسمهم ولا باسم مستعار . (عزمي البكري ص٩٥٩).

- **ويشترط لإعمال أحكام حظر بيع النائب لنفسه أو لمن ينوب عنه أن تكون نيابته عن البائع ثابتة وقت شرائه لنفسه أو لمن ينوب عنه** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الحكم قد أقيم على أن الطاعنة الأولى كانت معيرة اسمها لزوجها الطاعن الثاني – أحد الأوصياء على القصر – في وفاء الديون التي على التركة والحلول فيها وفي إجراءات البيع فيبطل الشراء الحاصل من هذا الأخير وفقاً للمادة ٢٥٨ مدني (قديم) وكان الثابت من وقائع الدعوى أن المجلس الحسبي أصدر قراراً بأفراد الوصيين الآخرين دون الوصي بإدارة أموال القصر، وبني هذا القرار على ما نسب إلى الأخير من إهماله في تحصيل الذمامات واستغلال أطيان القصر لنفسه وأن إدارته للتركة ليست كما يجب، فهذا الحكم يكون مخطئاً في تطبيق القانون. إذ الإدارة هي أهم خصائص الوصاية التي يستطيع أن يقوم بها الوصي دون إذن المجلس الحسبي، وهذا القرار الصادر بأفراد الوصيين بالإدارة هو عزل للوصي الآخر منها في المعنى، أقيم على أسباب مؤدية إليه. وهو عزل من باب أولى من أعمال التصرف، ومتى انحلت عن ذلك الوصي صفة الإدارة والتصرف انحلت عنه أيضاً صفة تمثيل القاصر فيهما وزالت عنه بذلك كل خصائص الوصاية

وأصبح بالتالي خارجاً عن دائرة الحظر الوارد في القانون. هذا فضلاً عن أن ذلك الوصي كان ممثلاً في إجراءات البيع بوصفه مديناً وكانت هذه الإجراءات موجهة إلى الوصيين الآخرين كممثلين للقصر، فهو لم يكن حتى في خصوص البيع الذي انتهت إليه هذه الإجراءات يعمل كوصي على القصر وبذلك لا تؤدي المادة ٢٥٨ ولا المادة ٢١ من قانون المجالس الحسبية إلى ما انتهى إليه هذا الحكم ومن ثم جاء خطؤه في تطبيق القانون" (١٩٥٠/٢/٢٣ مجموعة القواعد القانونية في الـ٢٥ عام بند ١٤٥ ص٣٦٨)

- **جزاء مخالفة الحظر الوارد بالمادة** :

لم ينص المشرع صراحة على الجزاء الذي يترتب على شراء النائب لنفسه، بالرغم من المنع المنصوص عليه. واكتفى المشرع بالنص في المادة ٤٨١ على أن "يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه". وهذا هو الحكم الذي قررته مادة ١٠٨ حيث تقول "على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد". وقد ذهب رأي في الفقه إلى أن الجزاء هو البطلان النسبي، فيكون العقد قابلا للإبطال لمصلحة الأصيل. (محمد كمال مرسي ص٥٠٥)

ويستند هذا الرأي كما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي حيث جاء بها أنه "أجاز المشروع تصحيح البيع (وهو باطل بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع، وقد قرر البطلان نص خاص لعلة تعارض المصلحة) لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب، بل كذلك بإذن القضاء في البيع قبل حصوله، كالوصي يستأذن المجلس الحسبي" (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٢٣٠)

بينما يذهب رأي آخر في الفقه إلى أن الأصل في البطلان أن يكون مطلقاً وأن البطلان النسبي لا يكون إلا في حالة نقص الأهلية أو عيوب الرضاء، وأنه كان من الواجب الرجوع إلى الأصيل لعدم توافر أسباب البطلان النسبي في بيع النائب نفسه، ويجب البحث عن جزاء المنع من الشراء في القواعد الخاصة بالنيابة. ولذلك ذهب الرأي السائد إلى أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصيل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون المناب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة

إلى إنابته في البيع. فإذا ما باع النائب المال لنفسه، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره، يكون قد جاوز حدود نيابته، فلا ينفذ تصرفاته في حق الأصيل إلا إذا أجازه هذا. (أنور سلطان ص٤٣٥ ، السنهوري ص٣٠٦، عبد المنعم البدراوي ص٣٤٥)

وتنص المادة ٤٨٠ مدني على أن " لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار ".

- **حكم شراء السماسرة والخبراء للأموال المعهود إليهم بيعها أو تقديرها** :

إذا عهد إلى السمسار ببيع عقار أو منقول، فإن البائع يحدد للسمسار ثمناً معيناً أو يحدد الحد الأدنى للثمن الذي يقبله، وغالباً ما يتدخل السمسار في التحديد، وسواء تدخل أو لم يتدخل فقد حظر القانون عليه شراء المال المعهود إليه في بيعه حتى يعمل على تحقيق مصلحة البائع ولا يتخذ من وسائل الغش ما يؤدي إلى الإضرار به، ورتب القانون على مخالفة هذا الحظر عدم نفاذ البيع في حقه ما لم يجزه صراحة أو ضمناً. ويسري الحظر سواء اشترى السمسار المال باسمه أو باسم مستعار، وفي الحالة الأخيرة يكون البيع صورياً صورة نسبية بطريق التسخير. ويجوز للبائع إثبات تلك الصورية بكافة طرق الإثبات المقررة قانوناً ومنها البينة والقرائن. كذلك الأمر بالنسبة للخبير فإذا عهد إليه مال لتقدير ثمنه تمهيداً لبيعه سواء بالممارسة أو بالمزاد فإنه لا يجوز له شراء هذا المال باسمه أو باسم مستعار وذلك خشية أن يكون الخبير قد أبخس الثمن لتوافر رغبته في الشراء. (أنور طلبة ص٧٦٩)

- **جزاء الإخلال بالحظر الوارد بالمادة** :

رغم أن السمسار والخبير ليسا من النواب كما ذكرنا سلفاً إلا أن جمهور الشراح ذهبوا إلى أن جزاء إخلال السمسار والخبير بالمنع من الشراء هو نفس جزاء منع النائب من الشراء لنفسه أي عدم نفاذ العقد في حق من تم البيع لحسابه إلا إذا أقره. ويستند هؤلاء الشراح إلى أن المشرع قد أورد نصاً واحداً وهو نص المادة ٤٨١ في حكم العقد إذا أجازه من تم البيع لحسابه وبنوا على ذلك أن المشرع لم

يشأ وضع جزاءين مختلفين. (السنهوري ص٣٠٦ – أنور سلطان ص٤٣٣ – إسماعيل غانم ص١٠٣ – عبد المنعم البدراوي ص١٨٥)

وتنص المادة ٤٨١ مدني على أن "يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه".

- **إجازة بيع النائب والسمسار والخبير على خلاف الحظر الوارد بالمادتين ٤٧٩ ، ٤٨٠ مدني** :

رأينا فيما تقدم أن المشرع قد نص في المادة ٤٧٩ على أنه "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ... ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة....". ثم نص في المادة ٤٨٠ على أنه "لا يجوز للسماسرة ولا الخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار". فالمشرع قد حظر على النائب شراء ما نيط به بيعه كما حظر على السمسار والخبير شراء الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها وعليه يكون البيع الصادر من أحدهم لنفسه باطل كما سبق وأن بينا. ولكن يصح هذا البيع في حالة واحدة وهي إذا أجازه من تم البيع لحسابه.

وهذا ما نصت عليه المادة ٤٨١ مدني بقولها "يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه. وهو نفس الحكم الذي سبق وأن قررته المادة ١٠٨ مدني حيث تقول "على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد".

المقايضـــــة

تنص المادة ٤٨٢ من القانون المدني على أن " المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل، ملكية مال ليس من النقود ".

- **تعـريف المقايضـة** :

المقايضة هي عقد يلتزم كل من المتعاقدين بأن يعطي للآخر شيئاً مقابل ما أخذه منه. أي أن كل عاقد يتعهد بتمليك العاقد الآخر شيئاً أو حقاً مالياً على سبيل التبادل.

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقايضة هي – حسب ما عرفها القانون في المادة ٣٥٦ مدني (قديم) – عقد يلتزم به كل من المتعاقدين بأن يعطي للآخر شيئاً مقابل ما أخذه منه وينبني على ذلك أن كل متقايض يعتبر بائعاً ومشترياً في وقت واحد ولهذا نصت المادة ٣٦٠ من القانون المدني على أن القواعد المختصة بعقد البيع تجرى كذلك في المقايضة إلا ما استثنى بنص صريح في القانون فإذا ما استحق أحد البدلين في عقد المقايضة فإنه يجب الرجوع في ذلك إلى أحكام ضمان الاستحقاق المقررة في موضوع البيع. وقد نص القانون في المادة ٣٥٩ مدني على أن المقايض الذي يستحق عنده البدل يكون مخيراً بين أن يرفع على من تعاقد معه دعوى بالتضمينات أو دعوى الفسخ مع استرداد القيض الذي أعطاه، ولم يخالف الشارع في هذا الصدد أحكام الضمان التي سنها في البيع إلا بما أورده في الشق الأخير من المادة ٣٥٩ المذكورة متعلقاً بغير المتعاقدين فقط، وذلك بنصه على جواز المطالبة برد ذات العين المسلمة من المقايض ولو كانت تحت يد الغير إذا كانت عقاراً ولم يكن قد مضى خمس سنوات من تاريخ المقايضة، أما فيما بين المتعاقدين فإن حق الفسخ واسترداد القبض، كما في البيع، لا يسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق" (نقض ١٩٣٧/١/٧ ج٢ في ٢٥ سنة ص٢٩٠).

- **نطـاق المقايضـة** :

المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بآخر بل هي قد تكون مبادلة حق انتفاع أو حق اتفاق. وترد المقايضة على العقار والمنقول على حد سواء فيجوز

مبادلة سيارة بسيارة أو مذياع بساعة وهكذا، فلا يشترط أن يكون محل المبادلة من جنس واحد. ولكن يجب أن يكون كل من البدلين من الحقوق، فإذا كان البدلان أو كان أحدهما عملاً أو امتناعاً عن عمل، لم يكن العقد مقايضة، وإنما عقداً غير مسمى. (عزمي البكري ص٩٧٦)

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بآخر بل هي قد تكون مبادل حق انتفاع ويسري عليها في الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايض به، ومشترياً للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه، والآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع، فيلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشيء الذي قايض به إلى الطرف الآخر كما يلتزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض والاستحقاق" (الطعن رقم ١٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٤/١/١)

- **أركـــان المقايضـــة** :

(١) **ركـن الرضـا**: فالمقايضة عقد رضائي لا يشترط فيه شكل خاص ومن ثم تنعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول. ويجب أن يكون الرضا صحيحاً خالياً من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال وأن ينصب على المقايضة فإن كان عن وعد بها سرت أحكام الوعد بالبيع، وحدود النائب هنا هي ذاتها في البيع وتدخل الأوصاف على المقايضة كشرط التجربة والمذاق فتسري أحكامها المقررة في البيع. (أنور طلبة ص٥)

(٢) **المحل**: وهو الشيئان المتقايض فيهما. ويشترط في كل منهما ما يشترط في المبيع، إذ أن كلاً منهما في حكم المبيع كما قدمنا. فيجب أن يكون الشيء المتقايض فيه موجوداً، والشيء المتنازع فيه لا يجوز أن يتعامل فيه عمال القضاة ولا المحامي بالمقايضة مع موكله على النحو الذي رأيناه في البيع. ويجب أن يكون الشيء المتقايض فيه معيناً تعييناً كافياً، وتجوز المقايضة في شيء جزاف وفي شيء يعين بالتقدير كيلاً أو مقاساً أو وزناً أو عداً، فتجوز مقايضة عشرة أرادب من القمح بعشرين أردباً من الذرة مثلاً. ويجوز تعيين الشيء المتقايض فيه عن طريق العينة كما يجوز تعيين المبيع، ويصح أن يكون الشيء المتقايض فيه حصة شائعة كما يصح ذلك في البيع. ويجب أن يكون الشيء المتقايض فيه صالحاً للتعامل فيه، وبخاصة

يجب أن يكون مشروعاً. ويجب أخيراً أن يكون الشيء المتقايض فيه مملوكاً للمتقايض، والمقايضة بملك الغير كبيع ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المتقايض الآخر. كذلك المقايضة في مرض الموت، كالبيع في مرض الموت، ويفرض فيها أنها تستر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية. وحكم مقايضة الوارث بمال التركة قبل سداد الدين هو حكم تصرفه بالبيع، وكذلك يسري حكم البيع في المقايضة بالمال المحجوز عليه وفي مقايضة المعسر بماله. والركن الثالث في المقايضة هو السبب، وتسري فيه الأحكام العامة المقررة في نظرية السبب. (السنهوري ص٧١١)

- **تميز عقد المقايضة عن عقد البيع** :

المقايضة كالبيع من عقود التمليك بمقابل؛ إلا أن ما يميزها عن البيع؛ أن عقد البيع مبادلة شيء بمبلغ من النقود وهو الثمن؛ أما عقد المقايضة فهو مبادلة شيء بشيء لا يكون أيهما مبلغاً من النقود ففي البيع يوجد مبيع وثمن أما في المقايضة فلا يوجد ثمن إذ الشيئان المتقايض فيهما يكون كل منهما في حكم المبيع.

- **إثبات عقد المقايضة** :

يثبت عقد المقايضة طبقاً للقواعد العامة؛ والعبرة بقيمة أحد الشيئين المتقايض فيهما؛ إذ المفروض أنهما متساويان في القيمة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لما كان الثابت في الأوراق أن الطاعن قد تمسك أمام محكمة الاستئناف بدفاع حاصله أن اتفاقه والمطعون ضده الأول على المقايضة ثابت من إقراري التنازل الصادرين من كل منهما بمستند منفصل أحدهما صادر من المطعون ضده الأول بتاريخ ١٩٨٨/٢/٢٠ والثاني من الطاعن بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٧ وكان من شأن هذا الدفاع – لو فطنت إليه المحكمة ومحصته تغيير وجه الرأي في الدعوى إذ أن مؤداه ثبوت قيام عقد المقايضة بين طرفيه إذ لا يلزم في حالة ثبوته بالكتابة أن يكون ذلك في محرر واحد فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن تناول هذا الدفاع الجوهري بما يقتضيه من البحث والتمحيص ووقف منه عند حد القول بعدم تقديم الطاعن للمحرر المثبت لعقد المقايضة المطلوب فسخه مستلزماً بذلك أن يكون ثابتاً في محرر واحد وخلص إلى تأييد الحكم الابتدائي الذي قضى برفض دعواه فإنه يكون مع مخالفته للقانون قد ران عليه القصور المبطل" (الطعن رقم ٤٧٧٠ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٣٠)

وتنص المادة ٤٨٣ مدني على أن " إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً " .

- **جواز استحقاق المعدل في المقايضة** :

عرفنا المقايضة فيما سبق بأنها مبادلة حق غير نقدي أي أن النقود لا تدخل في عقد المقايضة. وهذا هو ما يميزها عن عقد البيع. ولكن المادة ٤٨٣ مدني قد أجازت دخول النقود في عقد المقايضة وذلك إذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين فيكون تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً. ويتعين ألا يكون المعدل هو العنصر الغالب وإلا كان العقد بيعاً.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا اعتبرت محكمة الاستئناف العقد المتنازع على تكييفه (وهو عقد فيه إعطاء منزل من طرف وإعطاء أطيان من طرف آخر) أنه عقد بيع للمنزل وعقد بيع للأطيان وأن الثمن المقدر فيه للأطيان مع استنزاله من الثمن المقدر للمنزل يكون الباقي الواجب دفعه نقداً من ثمن المنزل مبلغاً كبيراً يزيد على ثمن الأطيان، وأن العقد الذي يكون بهذه الكيفية التي يزيد فيها ما يدفع من الثمن نقداً عما يدفع منه عيناً هو عقد أقرب إلى البيع منه إلى البدل. فتفسير المحكمة هذا المنتزع من الواقع بغير تشويه وتكييفها لهذا الواقع بأنه عقد بيع لا بدل هو تفسير تملكه وتكييف لا غبار عليه" (الطعن رقم ٩٧ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/٥/٣٠)

ويجب الاتفاق على المعدل صراحة، فإن لم يتضمنه العقد، فلا يجوز الرجوع به حتى لو كان هناك غبن بالنسبة لأحد المتقايضين – طبقاً للرأي الراجح – إذ تأبى قواعد المقايضة على التمسك بالغبن، مما يحول دون الاستناد إلى ذلك لطلب المعدل. وإذا اتفق المتقايضان على استحقاق المعدل، على أن يتم تقديره بمعرفة أهل الخبرة، كانت المقايضة بمعدل ويتم تقديره بمعرفة خبير قد يلجأ إليه المتقايضان ويكون تقديره ملزماً لهما. وإذا تم الاتفاق على استحقاق المعدل، وأرجأ المتقايضان تقديره إلى اتفاق لاحق يبرم بينهما، كان هذا الاتفاق ملحقاً لعقد المقايضة، أما إذا اختلفا على التقدير، كان المعدل مستحقاً وجاز للدائن به المطالبة به قضاء وحينئذٍ تعهد المحكمة بتقديره إلى خبير. ويجب أن يكون المعدل مبلغاً من

النقـود، فـإن كـان منقـولاً أو عقـاراً، كـان العقـد مقايضـة بـدون معـدل. (أنـور طلبـة ص٧٤٩)

وتـنص المـادة ٤٨٤ مـدني علـى أن " مصـروفات عقـد المقايضـة وغيرهـا مـن النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " .

- **مصروفات عقد المقايضة** :

تقسـم مصـروفات عقـد المقايضـة مناصـفة يبن المتقايضـين وذلـك مـا لـم يوجـد اتفـاق أو عـرف يقضـي بغيـر ذلـك. وتشـمل المصـروفات أتعـاب المحامـاة الـذي حـرر العقـد، ورسـوم الدمغـة ورسـوم التسـجيل. ويسـري هـذا الحكـم ولـو كانـت المقايضـة بمعـدل. فنفقـات المعـدل تضـم إلـى مجمـوع النفقـات ويكـون المجمـوع مناصـفة بـين المتقايضـين. أمـا تكـاليف الحـق فتقـع علـى مـن اكتسـبه مـن وقـت العقـد طبقـاً للمـادة ٢/٤٥٨، ويدخل في ذلك الضرائب المفروضة على هذا الحق ونفقات صيانته.

- **حكم المادة لا يتعلق بالنظام العام** :

تنص المادة ٤٨٤ مدني على أنه "مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" فنلاحظ أن حكـم هـذه المـادة ممـا لا يتعلق بالنظام العام إذ يجوز الاتفـاق علـى مـا يخالفهـا. وإذا وجد الاتفاق تعين الالتزام به. ويجيز الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبيل الاتفاق على معدل. (السنهوري ص٨٦٧ هامش ١٢)

وتنص المادة ٤٨٥ مدني على أن " تسري على المقايضة أحكام البيع، بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه " .

- **نطاق سريان أحكام البيع على عقد المقايضة** :

يبين من نـص المـادة ٤٨٥ مـدني سـالفة الـذكر أن المقايضـة تسـري عليهـا فـي الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايض بـه. ومشـترياً للشـيء الـذي كـان مملوكـاً للطـرف الآخـر وقـايض هـو عليـه؛ غيـر أن طبيعـة المقايضة ترجع إلى أنه لا يوجد فيها مبيع وثمن بل مبيع ومبيع كما قدمنا قد تقضي بعض مفارقات عن أحكام البيع. لذا سنعرض لأحكام البيع التي تسري على عقد المقايضة ثم الأحكام التي تسري عليها لتعارضها مع طبيعة المقايضة.

- **أحكام البيع التي تسري على المقايضة** :

يسري على المقايضة ما يسري على البيع من حيث كونه عقداً رضائياً ومن حيث الإثبات أركان الانعقاد من رضا ومحل وسبب مع مراعاة أن المحل في عقد المقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما ويشترط في كل منهما ما يشترط في الشئ المبيع في عقد البيع من حيث الوجود والتعيين والقابلية للتعامل وكونه مملوكاً للمتقايض فتسري على المقايضة بملك الغير أحكام بيع ملك الغير.

والآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس آثار عقد البيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشتري. فيلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشيء الذي يقايض به إلى الطرف الآخر، كما يلتزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية.

وتنتقل ملكية الشيء المتقايض فيه من مالكه إلى المتقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة في المنقول المعين بالذات، وبالإفراز فيما عين بنوعه، وبالتسجيل في العقار.

ويترتب على انتقال الملكية في المقايضة ما يترتب على انتقال الملكية في المبيع.

ويجوز أن تكون المقايضة سبباً صحيحاً في تملك العقار بالتقادم القصير وفي تملك المنقول بالحيازة. ويلتزم كل متقايض بتسليم الشيء الذي قايض به إلى المتقايض الآخر في الحالة التي كان عليها وقت المقايضة.

وحكم العجز والزيادة في مقدار الشيء المتقايض فيه هو نفس حكم العجز والزيادة في مقدار المبيع. والطريقة التي يتم بها التسليم، وزمان التسليم ومكانه ونفقاته، وجزاء الإخلال بهذا الالتزام، كل ذلك تسري عليه الأحكام التي تسري على الالتزام بالتسليم في البيع.

ويتحمل كل متقايض تبعة هلاك الشيء الذي قايض به إذا وقع الهلاك قبل التسليم، بالتفصيلات التي قررناها في البيع. ويلتزم كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق في الشيء الذي قايض به على النحو الذي رأيناها في البيع. ولكل منهما حبس الشيء الذي قايض به أو فسخ المقايضة إذا استحق الشيء الذي قايض عليه أو ظهر فيه عيب يوجب الضمان. (السنهوري ص٧١٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "إن ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضي. فإذا كانت المحكمة التي نظرت في دعوى البدل في أرض قد قالت في أسباب حكمها إن ما أثاره أحد المتبادلين من نزاع في ملكية المتبادل الآخر لما بادل به ليس محله دعوى إثبات التعاقد، ثم قضت بإثبات البدل بناء على تسليم طرفيه بوقوعه، فإن حكمها هذا لا يحول دون النظر في ذلك النزاع نفسه بدعوى أخرى تقام بفسخ عقد البدل. وكذلك تفريعاً على هذا الأصل إذا كانت المحكمة في دعوى الضمان الفرعية قد قالت في أسباب حكمها إن الدعوى المذكورة ليست صالحة للنظر فيها وحكمت في منطوقه برفضها بحالتها، فإن حكمها هذا – وهو ليس إلا حكماً مؤقتاً – لا يمكن أن يحول دون النظر فيما أثير في الدعوى من وجوه النزاع" (الطعن رقم ٩١ لسنة ١٦ق جلسة ١٩٤٨/٢/٢٦)، وبأنه "المقرر على ما تقضي به المادة ٤٨٥ من القانون المدني أن أحكام البيع تسري على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعتها فيعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه وينبني على ذلك أن يلتزم كل المتقايضين بنقل ملكية الشيء الذي قايض به إلى الطرف الآخر. فإن كان هذا الشيء عقاراً وجب اتخاذ إجراءات التسجيل فإن امتنع أحد المتقايضين عن هذا الالتزام، كان للمتعاقد الآخر رفع دعوى صحة ونفاذ عقد المقايضة للحصول على حكم يقوم تسجيله مقام تسجيل العقد في نقل الملكية ولا يجاب إلى طلبه إلا إذا كان انتقال الملكية وتسجيل الحكم الذي يصدر في الدعوى ممكنين، كما هو الحال في دعوى صحة ونفاذ عقد البيع، ولا يحو دون الحكم بصحة ونفاذ عقد المقايضة أن يكون المتقايض قد باع العقار الآخر طالما لم يثبت أن المشتري منه قد سجل التصرف الصادر إليه الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إلى المتقايض الآخر" (الطعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٥٦ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٨)، وبأنه "تنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدني – على أنه "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به، ومشترياً للشيء الذي قايض عليه. ومن المقرر أن التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه وفقاً للمادة ٤٣٩ من التقنين المذكور التزام أبدي يتولد من عقد البيع ولو لم

يشهر فيمتنع على البائع التعرض للمشتري لأن من وجب عليه الضمان يحرم عليه التعرض. وعليه فلا يجوز للمتبادل على عقار منازعة المتبادل معه أو ورثته استناداً إلى أن عقد البدل لم يسجل لأن عليه التزاماً شخصياً بتمكينه من الانتفاع بهذا العقار وحيازته حيازة هادئة فينشأ عن عقد البدل بمجرد انعقاده" (الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٧)، وبأنه "النص في المادة ٤٨٥ من القانون المدني على أن "تسري على المقايضة أحكام البيع، بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه" إنما يدل على أن عقد المقايضة يسري عليه في الأصل أحكام البيع من حيث كونه عقداً رضائياً يتم بتوافق الإيجاب والقبول ولا يشترط فيه شكل خاص ويثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات ومن حيث أركان انعقاده من رضا ومحل وسبب مع مراعاة أن المحل في عقد المقايضة هو الشيئان المتقايض فيهما" (الطعن رقم ٤٧٧٠ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٣٠)، وبأنه "مؤدى نص المادة ٤٨٥ من القانون المدني أن المقايضة تسري عليها في الأصل أحكام البيع فيعتبر كل متقايض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايض به مشترياً للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه – غير أن طبيعة المقايضة – التي ترجع إلى عدم وجود مبيع وثمن بل مبيع ومبيع – قد تقضي ببعض مفارقات عن أحكام البيع وهي المتعلقة بالثمن وبالتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة وكذلك ما ورد في حكم المادة ٤٨٤ من القانون المدني بشأن مصروفات عقد المقايضة وفيما عدا ذلك فإن الآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ومنها التزامات كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق" (الطعن رقم ٤٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٤)، وبأنه "المقايضة تسري عليها في الأصل أحكام البيع فتعتبر كل متقايض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايض به ومشترياً للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه، غير أن طبيعة المقايضة والتي ترجع إلى عدم وجود مبيع وثمن بل مبيع ومبيع قد تقضي ببعض مفارقات عن أحكام البيع وهي المتعلقة بالثمن أو التزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة وكذلك ما ورد في حكم المادة ٤٨٩ من القانون المدني بشأن

مصروفات عقد المقايضة. وفيما عدا ذلك فإن الآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع ومنها التزامات كل متقايض بضمان التعرض والاستحقاق" (الطعن رقم ٤٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٤/٦/١٤) ، كما قضت بأن "التأخر في تسليم الأرض المتبادل عليها تقصير تعاقدي حكمه وارد بالمادة ١١٩ من القانون المدني وهو إيجاب التضمينات على المدين المقصر، ثم بالمادة ١٢٠ التي تقضي بأن تلك التضمينات لا تكون مستحقة إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً وهذه القاعدة العامة هي نفس القاعدة الواردة في باب البيع في المادة ٢٧٨ عند تأخر البائع عن تسليم المبيع، تلك المادة التي يسري حكمها على المقايضات بمقتضى المادة ٣٦٠ الواردة في باب المعاوضة" (الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/٤/١١)، وبأنه "إذا كيفت محكمة الموضوع ما ثبت لها من وقائع الدعوى المطروحة لديها تكييفاً خاطئاً نقلت به الدعوى عن حقيقتها وأعطتها حكماً قانونياً غير ما يجب إعطاؤه لمثلها كان اعتبرت التقصير في تنفيذ عقد المقايضة بالتسليم خطأ فعلياً كالاغتصاب يجب التضمين على المقصر من يوم تقصيره لا من يوم التنبيه الرسمي، فإن الحكم الذي تصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون ويتعين نقضه" (الطعن رقم ٦٢ لسنة ٤ق جلسة ١٩٣٥/٤/١١)، وبأنه "إذا قضي الحكم لأحد المتبادلين على الآخر بتعويض لتأخر المحكوم عليه عن تسليم الأرض المتبادل عليها إلى المحكوم له واعتبر التعويض مستحقاً من تاريخ التأخر، ولم يبين شروط هذا التسليم (مع أن الخلاف كان دائراً حول هذا الشأن)، ولأوجه مخالفة المحكوم عليه لهذه الشروط ولا الأسباب التي من أجلها اعتبر التعويض مستحقاً من تاريخ التأخير لا من بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً. فعدم بيان هذه الأركان في الحكم بالتعويض يجعله معيباً من ناحية قصوره في الأسباب، ويتعين نقضه" (الطعن رقم ٨٣ لسنة ٢ق جلسة ١٩٣٣/٣/١٦).

- **أحكام البيع التي لا تسري على المقايضة** :

لا تسري أحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشتري الراجعة للثمن على عقد المقايضة، لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة ليس فيها ثمن كما قدمنا، فأحكام البيع المتعلقة بالثمن ليس لها محل في عقد المقايضة ولا تسري في هذا

العقد بداهة. فإذا دخل عنصر النقد في المقايضة – ويتحقق ذلك في المقايضة بمعدل من النقود – سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالمقدار الذي لا يتعارض مع عقد المقايضة، فيثبت مثلاً حق امتياز للمتقايض الدائن بالمعدل على الشيء الذي قايض به. والتزام المشتري الذي لا يتعلق بالثمن، وهو التزامه بتسليم المبيع، تسري أحكامه في عقد المقايضة كما تسري في عقد البيع. ومما يترتب على أن المقايضة لا يوجد فيها ثمن ما يأتي: ١) لا يتصور في المقايضة دفع عربون، إلا فيما يتعلق بعربون يدفع خارجاً عن البدلين وهذا لا يقع عادة. ٢) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع بالتقسيط أو تقابل الإيجار الساتر للمبيع. ٣) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل بيع الوفاء. ٤) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير. ٥) لا تسري في المقايضة الأحكام المتعلقة باسترداد الحق المتنازع فيه، ولا أحكام العجز في المقدار. ٦) لا يوجد حق امتياز لأي حق المتقايضين على الشيء الذي قايض به؛ لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان الثمن. ولكن إذا وجد في المقايضة معدل، كان مضموناً بحق امتياز كما سبق القول. ٧) لا شفعة في المقايضة لأنها مقصورة على البيع. (راجع فيما تقدم السنهوري ص٧١١ – محمد لبيب شنب ص٣٠٦)

- **الحق في إبطال عقد المقايضة** :

الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ من القانون المدني تنص على أنه "إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع وأن المادة ٤٨٥ من القانون المدني تنص على أنه يسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذي قايض به ومشترياً للشيء الذي قايض عليه. كما حددت الفقرة الأولى من المادة ١٤٠ من القانون المدني مدة سقوط الحق في الإبطال في حالات حددتها على سبيل الحصر وهي حالات نقص الأهلية والغلط والتدليس والإكراه بثلاث سنوات، أما في غير هذه الحالات، فإن مدة تقادم الحق في إبطال العقد – وعلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض – لا يتم إلا بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد" (الطعن رقم ٨٤١ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٥/٦/٣٠)

- **تقادم دعوى فسخ المقايضة واسترداد القيض** :

إذا لم يرد نص خاص في القانون المدني الحالي بتقادم دعوى فسخ المقايضة واسترداد القبض، مما يتعين معه الالتزام بالقواعد العامة المتعلقة بتقادم الحقوق، وتكون مدة التقادم خمس عشرة سنة عملاً بالمادة ٣٧٤ من هذا القانون، ولا يجوز في حالة تسجيل المقايضة الاستناد لقواعد التقادم القصير لعدم تحقق شروطه. وكان القانون المدني السابق ينص على سقوط دعوى انفساخ المقايضة والرد بالنسبة للغير الذي انتقل إليه القيض بمضي خمس سنوات من تاريخ المقايضة. (أنور طلبة ص٣٥)

وقد قضت محكمة النقض بأن "المقايضة هي – حسب ما عرفه القانون المدني في المادة ٣٥٦ – عقد يلتزم به كل من المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئاً مقابل ما أخذه منه. وينبني على ذلك أن كل متقايض يعتبر بائعاً ومشترياً في وقت واحد ولهذا نصت المادة ٣٦٠ من القانون المدني على أن القواعد المختصة لعقد البيع تجري كذلك في المقايضة إلا ما استثنى بنص صريح في القانون. فإذا ما استحق أحد البدلين في عقد المقايضة فإنه يجب الرجوع في ذلك إلى أحكام ضمان الاستحقاق المقررة في موضوع البيع. وقد نص القانون في المادة ٣٥٩ مدني على أن المقايض الذي يستحق عنده البدل يكون مخيرا بين أن يرفع على من تعاقد معه دعوى بالتضمينات أو دعوى الفسخ مع استرداد القيض الذي أعطاه. ولم يخالف الشارع في هذا الصدد أحكام الضمان التي سنها في البيع إلا ما أورده في الشق الأخير من المادة ٣٥٩ المذكورة متعلقاً بغير المتعاقدين فقط. وذلك بنصه على جواز المطالبة برد ذات العين المسلمة من المقايض ولو كانت تحت يد الغير إذا كانت عقاراً ولم يكن قد مضى خمس سنوات من تاريخ المقايضة. أما فيما بين المتعاقدين فإن حق الفسخ واسترداد القيض، كما في البيع، لا يسقط إلا بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق" (الطعن رقم ٣٩ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/١/٧)

كما قضت محكمة النقض في ظل القانون المدني السابق بأن" مدة الخمس سنوات المذكورة في الشق الأخير من المادة ٣٥٩ من القانون المدني ليست من مدد التقادم يصبح المتقايض بمرورها ذا حق مكتسب، بل هي مدة سقوط يسقط بانقضائها حق المتقايض الذي استحق عنده القيض في رفع دعوى استرداد القيض

الـذي أعطـاه" (الطعـن رقـم ٣٩ لسـنة ٦ق جلسـة ١٩٣٧/١/٧)، وبأنـه "لا يمكـن تأسيس رفع دعوى التقايض من جانب من اشترى العوض على أنه اشترى من غير مالـك، وأنـه مـع ذلـك وضـع يـده بهـذا السـبب الصـحيح المـدة القصـيرة المكسـبة للملكية، فإن المقام في هذه الحالة ليس مقام تحد من المشتري بعقده المسجل لإثبـات ملكيتـه لمـا اشتراه، وإنمـا هـو مقـام رفـع دعـوى الانفسـاخ التي أدخـل فيهـا بسبب وجود العوض تحت يده وهذه الدعوى قد نص القانون على سقوطها بالنسبة لـه بمضـي خمـس سـنوات مـن تـاريخ المقايضـة" (الطعـن رقـم ٣٩ لسـنة ٦ق جلسـة ١٩٣٧/١/١٧)، وبأنه "الفقرة الأخيرة من المادة ٣٥٩ المذكورة إنما وضعت لتقرير حكم خاص بالمقايضة وهو تحديد المدة التي يجوز فيها للمتعاوض الذي استحق عنده العوض مقاضاة من يكون العوض الآخر تحت يده بسبب قانوني فلا علاقة لها بأحكام انتقـال الملكيـة بـالعقود، تلـك الأحكـام التي جـاء بتعـديلها قـانون التسـجيل الجديد، ولذلك فإن حكمها باقٍ لم يمسه قانون التسجيل المذكور" (الطعن رقم ٣٩ لسنة ٦ق جلسة ١٩٣٧/١/١٧)

البيــــع بالجــــزاف والبيــــــــع

مع الاحتفاظ بالملكية

البيع بالجزاف والبيع مع الاحتفاظ بالملكية

تنص المادة ٤٢٩ مدني على أن " إذا كان البيع جزافا، انتقلت الملكية إلي المشتري علي النحو الذي تنتقل به في الشئ المعين بالذات. ويكون البيع جزافا ولو كان تحديد الثمن موقوفا علي تقدير المبيع".

- **البيـــع الجـــزافي** :

البيع الجزافي : هو بيع لأشياء تعين عادة بالنوع وتستخدم عادة في تعيينها العد أو الكيل أو الوزن أو المقاس، ولكنها تباع علي أنها معينة بالذات كبيع كمية القطن الموجود في مخزن معين أو الأقمشة الموجودة في بالة معينة، ومن ثم فالبيع الجزافي هو بيع لشئ معين بالذات فتسري عليه أحكام بيع المبيع المعين بالذات وأهمها انتقال الملكية فور العقد (محمد كامل عبد العزيز ص٢٣٧) ويكون البيع جزافا، ولو يشمل كل القدر الموجود في مكان معين، بأن يرد علي حصة شائعة من القمح الموجود في مخزن معين. وكذلك يعتبر البيع جزافا ولو ذكر في العقد مقدار المبيع، إذا لم يكن ذلك بقصد تعيينه، بل بقصد تحديد الثمن، أو ليكون أساسا لرجوع كل من المتعاقدين علي الآخر في حالة وجود عجز أو زيادة في هذا المقدار وعلي ذلك إذا باع شخص لآخر كل محصول القطن الناتج عن قطعة أرض معينة علي أنه مائة قنطار فإن البيع يعتبر جزافا . (محمد كامل مرسي ص٢٠٩ –محمد شكري سرور ص١٢٧)

- **الفرق بين البيع الجزافي والبيع بالتقدير** :

تنتقل الملكية في بيع الجزاف بمجرد انعقاد البيع أما في بيع التقدير فلا تنتقل إلا بالإفراز ويترتب علي ذلك أن تنتقل ثمرات المبيع كنتاج الغنام ومحصول الأرض للمشتري من وقت انتقال الملكية، وإذا باع شخص محصوله أو ما في مخزنه جزافا لشخصين مختلفين تكون الملكية لمن اشترى أولا وتبطل الحجوزات المتوقعة من دائني البائع أو المشترى الثاني . (أنور طلبه ص٤٣٣)

أما من حيث تبعة الهلاك فقد جعلها التشريع المصري منوطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية ومن ثم لا يظهر فارق بين البيعين في هذا الصدد إلا في الحالة التي يعذر فيها البائع المشتري ليتسلم المبيع إذ يكون الهلاك الذي يقع بعد الأعذار علي

عاتق المشتري في بيع الجزاف ويبقي علي عاتق البائع مادام لم يتم الإفراز في بيع التقدير وفيما عدا ما سلف يتفق البيعان في الالتزامات التي ينشئها عقد البيع بوجه عام . (يراجع في تفصيل ذلك السنهوري بندى ١٢١و ١٢٢)

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان المبيع جزافا فإن الملكية فيه تنتقل إلي المشتري بمجرد تمام العقد طبقا للمواد ٤٢٩، ٢٠٤، ٩٣٢ من القانون المدني ولو كان تحديد الثمن موقوفا علي تقدير المبيع كما يتم تسليم المبيع فيه طبقا للمادة ٤٣٥ بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا مادام هذا البائع قد أعلمه بذلك" (طعن ٢٧٦ س ٣٣ق نقض ١٩٦٨/٣/٢٨) وبأنه "إذا كان الواقع في الدعوى أن الطاعنين باعا المطعون عليه الأقطان الناتجة من زراعتهما في سنة ١٩٥٠ البالغة ٧٥٠ قنطارا تحت العجز والزيادة بسعر ١٣ جنيها و٢٥٠ مليما للقنطار بحسب إقفال البورصة في يوم ٢٨ فبراير سنة ١٩٥٠ لعقود شهر أكتوبر سنة ١٩٥٠ ودفع الثمن مقدما علي أن يكون التسليم في موعد غايته ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ فإذا زاد الناتج عن هذا المقدار تكون الزيادة علي أساس سعر العقود المؤجلة لشهر أكتوبر سنة ١٩٥٠ في يوم إقفال البورصة الذي يحدده البائع مع زيادة جنيه و٤٠٠ مليم في القنطار وفي حال العجز يقدر ثمن الكمية الناقصة علي أساس سعر تلك العقود في يوم تسليم آخر رسالة من المحصول بحيث إذا قل هذا السعر عن السعر المقطوع به فلا رجوع لأحد علي الآخر–أما إذا زاد السعر عن ذلك فإن الفرق يرجع به المشتري علي البائع–فإن هذا العقد هو تعاقد علي بيع محصول في المستقبل وهو جائز بحكم المادة ١٣١ من القانون المدني، فإذا حصلت محكمة الموضوع أن العاقدين قصدا بيع ٧٥٠ قنطارا من القطن محددة علي الأصل واستندت في ذلك إلي أسباب سائغة، فإن هذا مما يدخل في سلطتها الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض" (طعن ٥٢ س ٥٢ق نقض ١٩٥٩/١١/١٢) وبأنه "إذا كان البائع قد باع كل القطن الذي في مخزنه والناتج من زراعته المعينة في العقد وقد عاينه المشتري في المخزن المودع به كان التكييف الصحيح لهذا البيع أنه بيع جزاف لا بيع شئ معين بنوعه ولا ينفي عن هذا البيع وصف الجزاف لكون المبيع قد قدر بالعقد تقديرا تقريبيا بمقدار معين قابل للعجز والزيادة. ولا يكون لها التقدير أثر

إلا في مسألة الضمان" (طعن ٢٧٦ س ٣٣ق نقض ١٩٦٨/٣/٢٨) وبأنه "بيع المحاصيل المستقبلة قبل نباتها في ظل القانون المدني القديم صحيح، ذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدني المختلط (م٣٣٠) وقد قضي القانون المدني الجديد في المادة ١٣١ منه علي ما كان من خلاف في هذا الشأن بين القانونين الوطني والمختلط" (طعن ٤٣٦، ٤٥٢ س ٢١ق نقض ١٩٥٣/٤/٣٠) وبأنه "متى كان الواقع في الدعوى هو أن عقد البيع الابتدائي قد ورد علي حصة مفرزة محددة مقدارها ٣٦ فدانا وفقا لوضع يد البائع مع تحديد سعر الوحدة للفدان بمبلغ معين فلما قامت إجراءات الشهر العقاري حائلا دون تسجيل العقد علي هذا الوجه حور الطرفان اتفاقهما في العقد النهائي دون المساس بجوهره بأن جعلا البيع منصبا علي الحصة الشائعة بحسب النصيب الشرعي ومقدارها ٣٠فدانا والتي لا تجادل المساحة في جواز ورود العقد عليها كما جعلاه منصبا أيضا علي القدر المفرز الوارد في العقد الابتدائي وحرصا علي النص علي سعر الوحدة للفدان الواحد بمبلغ معين في كلتا الحالتين، وكان المفهوم من هذا التحوير اللاحق في العقد النهائي أن البيع شمل محلين الأول بيع النصيب الشائع والآخر بيع هذا النصيب حسب وضع اليد وأن العلاقة بينهما تسوى علي أساس المحل الذي يصح به العقد، وكانت مصلحة الشهر العقاري قد نقلت أولا ملكية القدر الشائع دون المحدد وجرت المحاسبة في العقد علي ثمن هذا القدر وحده، ثم تبين بعد ذلك أن المحل الآخر قد استقام أمره وهو الـ٣٦ فدانا المحددة ببيع المشتري له دون اعتراض من الشهر العقاري فإنه يكون للبائع الحق في الرجوع علي المشترين بثمن الفرق علي أساس الوحدة المتفق عليه ويكون الحكم المطعون فيه إذ اعتبر البيع جزافا بالثمن المحدد للحصة الشائعة قد خالف في تفسيره الثابت بالأوراق" (طعن ١٠٦ س ٢٢ق نقض ١٩٥٥/٥/١٢)، وبأنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن الطاعن تعاقد مع المطعون عليها (وزارة المالية علي أن يقوم باستغلال النطرون الجاف بمستنقعات منطقتين رسا مزادهما عليه مقابل ثمن معين، وعلي أن يدفع للمطعون عليها علاوة علي هذا الثمن إتاوة بواقع كذا جنيها عن كل طن يستخرج زيادة علي ١٥٠٠ طن من المنطقة الأولي وألف من المنطقة الثانية، كما استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية أن المطعون عليها لم تتفق مع الطاعن

علي حد أدنى لكمية النطرون الذي يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذي رسا به المزاد عليه وأن مقداري الألف والخمسمائة طن والألف طن لم يرد في أوراق التعاقد إلا لتحديد الإتاوة التي اشترط علي الطاعن دفعها، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعي غير متجدد وليس ثمرة أو ريعا للمستنقعات المذكورة لكونه جزءا منها لابد من نفاذه يوما ما، وحقيقته–مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ المؤجرة"و"الإيجار"و"المستأجر"– أنه عقد بيع للنطرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة إلي وزن وثمنه قد حدد دون توقف علي وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة وينبني علي ذلك اعتباره–وفقا للمادة ٢٤٠ من القانون المدني القديم–بيعا جزافا، فهو يقع لازما مهما كان مقداره المبيع أقل مما أمله المشتري" (طعن ١٧ س ١٠ق نقض٦/١٢/١٩٥١)

وتنص المادة ٤٣٠ مدني على أن " إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلي المشتري موقوفا علي استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع.

فإذا كان الثمن يدفع أقساطا، جاز للمتعاقدين أن يتفقا علي أن يستبقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤.

وإذا وفيت الأقساط جميعا فإن انتقال الملكية إلي المشتري يعتبر مستندا إلي وقت البيع.

وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا ".

- **البيع مع الاحتفاظ بالملكية:**

البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية هو بيع بات تام وإن تراخي تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلي حين سداد كامل الثمن فهو ليس بيعا موقوفا علي شرط سداد الثمن وإنما المعلق علي هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط ومن ثم ينتج العقد كافة آثار البيع مع ملاحظة ما سلف فإذا تم سداد كامل الثمن تحقق الشرط الموقوف عليه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ومن ثم انتقلت الملكية إلي المشتري بأثر رجعي من وقت إبرام البيع (البدرواي بند ١٨٠–غانم ص١٠٨–السنهوري بند ٩٢–مرقص بند ٤٥).

وقـد قضـت محكمـة الـنقض بـأن "مؤدي نص المادة ٣٢١/٤٣٠ من القانون المدني أن البيع مع الاحتفاظ بحق الملكية هو بيع بات قام وأن تراضي تنفيذ الالتزام بنقل الملكية إلي ين سداد كامل الثمن فهو ليس بيعا موقوفا علي شرط سداد الثمن وإنما المعلق علي هذا الشرط هو انتقال الملكية فقط ومن ثم ينتج العقد كافة آثار البيـع فإذا تـم سـداد كامـل الثمن تحقق الشـرط الموقـوف عليـه تنفيـذ الالتـزام بنقـل الملكيـة ومـن ثـم انتقلت إلي المشتري بأثر رجعي من وقت البيـع" (الطعن ٤٦٠٩ لسنة ٦١ق جلسة ١٩٩٩/٧/٥).

- **الاتـفاق علي احتفاظ البائع بالأقساط المدفوعـة عنـد فسـخ العقـد علـي سـبيل التعويض** :

وتجيز المادة أن يشترط البائع في حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعا لذلك أن يستبقي الأقساط المدفوعة (وهي جزء من الثمن) علي سبيل التعويض إلا أن المشرع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي، وأجاز تخفيضه تطبيقا للقواعد التي قررت في هذا الشأن . (أنور طلبه ص٤٣٨)

والمشرع بذلك يمنع التعسف الذي يقع من البائع بأن يكون البائع قد استوفي أكثر الأقساط ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقي منها، ويحتفظ بكل الأقساط التي استوفاها. وللبـائع أيضـا إذا شـاء أن يطالـب بتنفيـذ العقـد بـدلا مـن المطالبـة بفسـخه، فيقوم بالتنفيذ علي أموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له علي المبيع حق امتياز البائع . (خميس خضر ص١١٣- عبد المنعم البدراوي ص٢٦٠)

- **انتقال الملكية إلي المشتري في حالة سداد الأقساط مستنده إلي وقت البيع** :

كانت الفقرتان الأولي الثالثة من المادة ٥٧٠ من المشروع التمهيدي (المقابلة للمادة ٤٣٠ من القانون المدني) وبعد تعديلهما في لجنة المراجعة تنصان علي أن : "١-إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلي أن يستوفي الثمن كله ولو تم تسليم المبيع". "٢-وإذا وفيت الأقساط جميعا فإن انتقال الملكيـة إلي المشتري يعتبر عند الشك مستندا إلي وقت البيـع". إلا أن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب رأت-كما ورد بتقريرها-أن نص الفقرة الأولي يوهم "أن الملكيـة لـم تنتقل بتاتا من البائع إلي المشتري. والواقع أن الملكية تنتقل إلي المشتري معلقة علي شرط واقف هو استيفاء الثمن كله، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدي هذا المعنى

بوضوح علي النحو الآتي "إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلي المشتري موقوفا علي استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع". وحذفت من الفقرة الثالثة عبارة "عند الشك" حتى يكون العقد قاطعا في أن انتقال الملكية يستند دائما إلي وقت البيع، فأصبح النص كما يأتي "وإذا وفيت الأقساط جميعا فإن انتقال الملكية إلي المشتري يعتبر مستندا إلي وقت البيع" . (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص٥١)

- **اشتراط عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل** :

ما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة ٤٣٠ من القانون من أن انتقال ملكية المبيع إلي المشتري في حالة الوفاء بأقساط الثمن المؤجلة يعتبر مستندا إلي وقت البيع إنما يشترط لإعماله عدم الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، وإذ كانت الملكية–في المواد العقارية–والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل وما لم يحصل هذا التسجيل تبقي الملكية علي ذمة المتصرف ولا يكون للمتصرف إليه ما بين تاريخ التعاقد إلي وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها وكان الثابت أن الطاعنين لم يسجلا عقد شرائهما للأرض محل النزاع إلا بتاريخ ١٩٧١/٣/٣٠ فإن الملكية لا تنتقل إليهم إلا منذ هذا التاريخ ويكون الحكم وقد التزم هذا النظر موافقا لصحيح القانون (طعن ١١٩٦ س ٥٣ق نقض ١٩٩٠/٢/١).

- **سريان أحكام المادة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجارا** :

إذا اتجهت نية المتعاقدين إلي إبرام عقد بيع، واتفقا علي تقسيط الثمن، واعتبر هذه الأقساط بمثابة أجرة علي أن تؤول ملكية العين إلي المستأجر بعد الوفاء بالأجرة حتى تاريخ معين، وبذلك يكون المتعاقدين قد سميا البيع إيجارا، وحينئذ يخضع تعاقدهما لنصوص عقد البيع المقسط الثمن وذلك عملا بالفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ من القانون المدني، بحيث أن تضمن العقد الشرط الفاسخ الصريح، فإن تحقق موجبه، يجعله ساريا باعتبار العقد، عقد بيع وليس عقد إيجار، فيلتزم البائع برد المبالغ التي قبضها، باعتبارها جزء من الثمن، وليست أجرة، وله طلب التعويض إن كان له مقتضي، وتقاص منفعة المشتري بالعين أن كان قد تسلمها بمنفعة البائع بالنقود . (أنور طلبه ص٤٣٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان الواقع في الدعوى هو أن الطاعن الأول أجر إلي الطاعنين الثاني والثالث السيارة التي صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضي عقد اشتراط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة إلي المستأجرين بعد دفع كل الأقساط–عقد إجارة المبيع–وكان الحكم المطعون فيه إذ حمل ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثاني والثالث قد أقام قضاءه علي ما استخلصته المحكمة استخلاصا سائغا من نصوص العقد من أنه ما زال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضي العقد حق الإشراف والرقابة علي من كان يقودها إذ ذاك، وتسبب بخطئه في وقوعه، كان هذا الذي أورده الحكم كافيا لحمله ومؤديا إلي ما انتهي إليه ومن ثم يكون النعي عليه بالقصور علي غير أساس" (مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما ٤٢ ص٩٧٤ جلسة ١٩٥١/٥/٢٤) وقد يتفق البائع والمشتري علي إظهار العقد في شكل عقد بيع وفقا لإرادتهما الحقيقية، ويدفع المشتري جزء من الثمن، ويقسط الباقي أو يؤجل، ثم يتضمن العقد شرطا باعتبار العقد إيجارا في حالة إخلال المشتري بالتزامه في المواعيد المتفق عليها، واعتبار ما دفع من لثمن أجرة عن المدة التي تتعادل معها وفقا للتقدير الذي تم الاتفاق عليه، وفي هذه الحالة أيضا، يعتبر العقد بيعا وليس إيجارا لو أحل المشتري بالوفاء في الميعاد المتفق عليه، ولا يكون للبائع حينئذ إلا طلب الفسخ القضائي. ومتى ستر المتعاقدان البيع في عقد إيجار، توافرت الصورية النسبية، والأصل أن إثباتها فيما بين المتعاقدين يخضع للقواعد العامة، ولكن المشرع أقام قرينة بسيطة تشهد للمشتري، مؤداها أن العقد إذا تضمن أقساطا تؤول ملكية محله في حالة الوفاء بها للطرف الآخر، كان العقد بيعا ولو سمي إيجارا وسميت الأقساط أجرة، وبذلك يعفى المشتري من إثبات حقيقة العقد (أنور طلبه ص٤٤٠).

- **شرط تصرف المشتري في المبيع قبل أداء الثمن كاملا** :

اشترطت الفقرة الأولي من المادة لتصرف المشتري في المبيع قبل أداء الأقساط بأجمعها أن يكون هناك إذن مكتوب من البائع، فلا يكفي لذلك الإذن الشفوي من المالك ويسري هذا الشرط علي كافة التصرفات، سواء كانت بيعا أو

مقايضة أو رهنا وهذا الشرط قصد به حماية مصالح البائع . (المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الجديد)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا يعتبر المشتري بتصرفه في المبيع مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة لتخلف ركنها الأساسي وهو تسلم الجاني المال بموجب عقد من عقود الأمانة التي عدتها المادة ٣٤١ من قانون العقوبات، ولكنه يعتبر مرتكبا للجريمة المنصوص عليها في المادتين ٤٢، ٤٥ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ الخاص ببعض البيوع التجارية (تقابلها المادة ١/١٠٧، ٣ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩) إذ قضت المادة ٤٥ علي عقاب من يخالف حكم المادة ٤٢ التي حظرت علي من يشتري سلعة بالتقسيط أن يتصرف فيها بغير إذن سابق من البائع" (مجموعة أحكام النقض السنة ٢٩ ص١٨٠٦ جلسة ١٩٧٨/١١/٢٩)

بيع الأراضي محل الحراسة

تنص المادة ٧٣٥ من القانون المدني على أن " لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء ".

- **سلطة الحارس في الإدارة** :

رأينا أن المادة ٧٣٥ مدني قد نصت علي أنه: "لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن ينصرف إلا برضاء ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء".

فيتبين من هذا النص أن الحارس يلتزم بإدارة الأموال الموضوعة تحت الحراسة وأن هذا الالتزام هو في الوقت ذاته سلطة فللحارس سلطة واسعة في الإدارة، وسلطة محدودة في التصرف وهو لا يستطيع أن ينزل عن سلطته لأحد ذوي الشأن دون رضاء الآخرين، ويكون له وحده دون المالك الصفة في مباشرة ما يدخل في سلطته.

وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر في القانون المدني الملغي والقائم أن الحارس القضائي يلزم بإدارة المال الموضوع تحت الحراسة القضائية وتقديم حساب عن هذا الإدارة ورد المال عند انتهاء الحراسة إلي صاحبه ومن ثم فإن هذه الالتزامات تقع علي عاتق ناظر الوقف الذي يعين حارسا قضائيا علي الأطيان المتنازع عليها" (طعن رقم ٢٦٤ لسنة ٣٤ق جلسة ١٩٦٨/١٠/٢٤)

- **وسلطة الحارس في الإدارة تماثل سلطة الوكيل وكالة عامة** :

وتقول محكمة النقض في ذلك أن "الحارس قضائيا كان أو اتفاقيا يعد نائبا عن صاحب المال في أعمال الإدارة وسلطته في هذه الأعمال هي سلطة الوكيل وكالة عامة.. وكان إذن الحارس للمستأجر بالتأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار يدخل في نطاق سلطته في الإدارة فإن موافقة الطاعنة بصفتها الصريحة أو الضمنية للمطعون ضده الأول بصفته علي التنازل عن الإيجار للمنطقة التعليمية ينصرف إلي صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة ويلزمهم قبل المطعون ضدهما الثاني والثالث بصفتهما" (طعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥١ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢٥)

وتدخل في أعمال الإدارة التي يقوم بها الحارس الإيجار لمدة لا تزيد علي ثلاث سنوات، ويجوز أن يضيق حكم الحراسة أو الاتفاق من هذه السلطة أو أن يوسع فيها فلا يجيز للحارس مثلا أن يؤجر لأكثر من سنة أو يجيز له أن يؤجر لمدة تزيد علي

ثلاث سنوات، لأن الحارس لا يملك إلا حق الإدارة وتنص المادة ٥٩٩ مدني في هذا المعني علي أنه "لا يجوز لمن لا يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجارا تزيد مدته علي ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة. فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، أنقصت المدة إلي ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغيره".

وقد قضت محكمة النقض بأن "تدل المواد ٥٥٩، ٧٠١، ٧٣٣، ٧٣٥ من القانون المدني أن نيابة الحارس تتحدد بما ينص عليه القانون من أحكام في هذا الشأن، وأن سلطة الحارس تضيق أو تتسع بالقدر الذي يحدده الحكم القاضي بتعيينه وأنه إذا جاوز الحارس هذا النطاق المحدد في الحكم أو في القانون فإنه يكون قد خرج عن حدود نيابته" (الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص١٤٠٧ جلسة ١٩٨١/٥/٩)، وبأنه "مقتضي الحكم بفرض الحراسة القضائية علي المال الشائع، أن تخلص إدارته للحارس، ويحق له طبقا للمواد ٢/٧٠١، ٧٣٣، ٧٣٤ من القانون المدني أن يؤجره لمدة لا تزيد علي ثلاث سنوات، ما لم يقض حكم الحراسة بغير ذلك، وإذ كان للحارس أن يعقد الإيجار ابتداء فإنه يحق له أن يقر الإيجار الذي عقد أحد الشركاء الذين ليس لهم الإنفراد بإدارته، قبل فرض الحراسة ويصبح هذا الإيجار نافذا في حق باقي الشركاء" (طعن رقم ٨٧٠ لسنة ٤٩ق جلسة ١٩٨٤/١٢/١٣)

وإذا ورد التأجير علي أرض زراعية في ظل الامتداد القانوني للإيجار المنصوص عليه بالمرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بالإصلاح الزراعي قبل تعديله بالقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٢ أو علي مكان مما يخضع لأحكام الامتداد القانوني لتشريعات إيجار الأماكن، فلا يجوز للحارس التأجير لأي مدة إلا بإذن المحكمة غير أن محكمة النقض خالفت هذا النظر وأجازت للحارس القضائي التأجير لأي مدة دون إذن من السلطة المختصة أو رضاء ذوي الشأن تأسيسا علي أن الامتداد القانوني للإيجار مصدره قوانين الإيجارات المتعلقة بالنظام العام.

إذا جري قضاؤها علي أن: "وحيث أنه مما ينعاه الطاعن علي الحكم المطعون فيه مخالفة القانون وذلك حين اعتبر عقد الإيجار الصادر إليه من الحارس القضائي قد جاوز به هذا الأخير حدود سلطاته لوروده علي عين تخضع لأحكام قوانين إيجار الأماكن والتي تقضي بامتداد إلي مدة غير محددة مع أن سلطته في إدارة المال

الموضوع تحت الحراسة لا تسمح له بإبرام مثل هذا العقد لمدة تزيد علي ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة أو برضاء ذوي الشأن وهو ما لم يحدث ومن ثم فلا ينفذ هذا العقد في حق المطعون ضده الأول وبالتالي يضحي به الطاعن غاصبا في حين أن هذا الامتداد لعقد إيجاره يرجع إلي أحكام التشريع وليس إلي إرادة المتعاقدين بما يصح معه هذا العقد ويعيب الحكم ويستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي سديد. ذلك أنه وإن كان عقد الإيجار كغيره من العقود يخضع في الأصل من حيث تحديد أركانه وتوافر شروط انعقاده للقواعد العامة الواردة في القانون المدني التي لا تخالف قاعدة آمرة نصت عليها قوانين إيجار الأماكن المتعلقة بالنظام العام. وكان مفاد المواد ٥٥٩، ٧٣٤،٧٣٥، ٧٠١ من القانون المدني أن حق تأجير المال الموضوع تحت الحراسة يثبت للحارس القضائي باعتباره وكيلا عن أصحاب الشأن ويكون نافذا في حقهم لمدة ثلاث سنوات إلا أنه إذا كان محله مكانا خاليا خاضعا لقوانين إيجار الأماكن التي جعلت عقود الإيجار ممتدة تلقائيا وبحكم القانون إلي مدة غير محددة فإن العقد يمتد إلي أجل غير مسمي لأن امتداده في هذه الحالة ليس مرده الإنفاق ولكن مصدره قوانين إيجار الأماكن المتعلقة بالنظام العام. وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر حين ذهب إلي أن عقد الإيجار الصادر من الحارس القضائي إلي الطاعن عن عين النزاع والذي يحكمه قوانين إيجار الأماكن لا ينفذ في حق المطعون ضده الأول باعتبار أن مدته تزيد علي ثلاث سنوات ولم يتم الحصول علي ترخيص بذلك من السلطة المختصة أو علي رضاء ذوي الشأن. ورتب علي ذلك إخلاء الطاعن من العين المؤجرة باعتباره غاصبا رغم أن هذا العقد ممتد لمدة غير محددة بحكم القانون علي ما سلف بيانه. فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلي بحث باقي أسباب الطعن" (طعن رقم ٢٧٣١ لسنة ٥٩ق جلسة ١٩٩٤/١/٢٦)، وبأنه "وحيث إن مما ينعاه الطاعنان علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقولان أن الحكم قضي ببطلان عقد الإيجار المؤرخ ١٩٨٨/٢/١ الصادر من الطاعنة الأولي بصفتها حارسة قضائية علي العقار الكائن به الشقة محل النزاع للطاعن علي سند من أن هذا العقد –وهو من عقود إيجار الأماكن الممتدة قانونا طبقا لتشريعات إيجار الأماكن الاستثنائية– غير محدد المدة فتزيد مدته علي

ثلاث سنوات، بما لا يعد من أعمال الإدارة التي تدخل في سلطة الحارس القضائي طبقا لنص المادة ٥٩٩ من القانون المدني في حين أن المادة الأخيرة قد استثنت من تطبيقها النصوص الأخرى التي تقضي بأحكام تخالفها، وأن تطبيق أحكام الامتداد القانوني علي عقود الإيجار الخاضعة لتشريعات إيجار الأماكن لا يغير من طبيعة هذه العقود أو ينقلها من عداد أعمال الإدارة إلي أعمال التصرف التي تخرج عن صلاحية الحارس القضائي هذا إلي أن تلك الأحكام آمره، واجبة التطبيق قانونا ولا شأن للحارس القضائي بتطبيقها، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون معيبا بما يستوجب نقضه. وحيث إن هذا النعي سديد ذلك أنه لئن كان مؤدي نصوص المواد ٥٥٩، ٢/٧٠١، ٧٣٣، ١/٧٣٤، ٧٣٥ من القانون المدني أن نيابة الحارس القضائي عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة تتحدد بالحكم الصادر بتعيينه فتضيق أو تتسع بالقدر الذي يحدده الحكم، وإلا فتطبق ما ينص عليه القانون من أحكام في هذا الصدد، والتي تجعل هذه النيابة قاصرة علي ما يتعلق بأعمال الإدارة وما تقتضيه —وأعمال الحفظ في نطاق المهمة الموكولة إليه، وأنه يعد من أعمال الإدارة الإيجار الذي لا تزيد مدته علي ثلاث سنوات، فإذا ما جاوز الحارس النطاق المحدد في الحكم أو في القانون فإنه يكون قد خرج عن حدود نيابته، مما مقتضاه أنه لا يجوز للحارس أن يعقد إيجارا تزيد مدته علي ثلاث سنوات ما لم يحصل علي ترخيص بإبرامه من القضاء أو برضاء ذوي الشأن جميعا، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك أنقضت المدة إلي ثلاث سنوات، إلا أن المشرع قد نص في عجز المادة ٥٥٩ من القانون المدني علي قصر القاعدة العامة الواردة في هذا النص علي الحالات التي لا يوجد فيها نص يقضي بغيرها، وقد ورد النص في هذا الصدد مطلقا فلا محل لتخصيصه بنصوص معينة، لما كان ذلك وكان عقد الإيجار كغيره من العقود–يخضع في الأصل من حيث تحديد أركانه وتوافر شروط انعقاده للقواعد العامة الواردة في القانون المدني–الذي يعتبر القانون العام في هذا الشأن– إلا أنه لما كانت التشريعات الخاصة بإيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين قد أملتها اعتبارات تتعلق بالنظام العام فإنها تعتبر مقيدة لنصوص القانون المدني التي تتعارض معها فلا يرجع إلي أحكام القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص من أحكام. وإذ أخضعت هذه التشريعات عقود الإيجار التي

ترد علي عين خالية لأحكام الامتداد القانوني فأوجبت امتدادها تلقائيا وبقوة القانون إلي مدة غير محددة– طالما بقيت تلك التشريعات قائمة– فإن مقتضي ما تقدم جميعه أن عقود إيجار الأماكن الخالية التي يبرمها الحارس القضائي نفاذا لها تمتد بحكم هذه التشريعات وإعمالا لما ورد بعجز المادة ٥٥٩ من القانون المدني– إلي مدة غير محددة دون أن يغير هذا الامتداد من طبيعة هذه العقود بوصفها عقودا مؤقتة أو يخرجها من عداد أعمال الإدارة إلي أعمال التصرف لأن امتدادها ليس مرده الاتفاق في ذاته ولكن مصدره قوانين إيجار الأماكن المشار إليها– لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضي ببطلان عقد الإيجار المؤرخ ١٩٨٨/٢/١ الصادر للطاعن الثاني من الطاعنة الولي بصفتها حارسة قضائية علي العقار الكائن به الشقة محل النزاع علي سند من أن هذا العقد غير محدد المدة لخضوعه لتشريعات إيجار الأماكن في خصوص أحكام الامتداد القانوني فلا يعد من قبيل أعمال الإدارة التي تدخل في نطاق سلطة الطاعنة الأولي بصفتها حارسة قضائية لعدم حصولها علي ترخيص بإبرامه من السلطة المختصة فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يوجب نقضه لهذا السبب دون حاجة إلي بحث باقي أسباب الطعن. ولما تقدم يتعين نقض الحكم المطعون فيه" (طعن رقم ٦٦٧٢ لسنة ٦٢ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٣)

- **ولا يجوز للحارس القضائي استغلال أموال الحراسة لصالح بتأجيرها لنفسه** :

وقد قضت محكمة النقض بأن "وبأن النص في المادة ١٠٨ من القانون المدني علي أنه "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، والمادة ٧٠٦ علي أنه "ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه، مؤداه منع الحارس قانونا من استغلال أموال الحراسة لصالحه بتأجيرها لنفسه" (طعن ٩٥٠ س ٤٦ق نقض ١٩٨١/٥/٩)،

وقد جري العرف في الحراسة أن يكون التأجير بطريق المزاد العلني دفعا لكل شبهة، فإذا أجر الحارس بالممارسة وجب عليه أن يثبت أنه كان مضطرا إلي ذلك. وقد يقيده حكم الحراسة بأن يكون التأجير دائما بالمزاد العلني، مادام الحارس يملك سلطة التأجير، فإنه يملك تبعا لذلك سلطة قبض الأجرة وإعطاء المخالصة

بها، ورفع الدعوى ضد المستأجر لمطالبته بها ولإخراجه من العين المؤجرة ولغير ذلك من الأمور التي تستند إلي عقد الإيجار ولكن لا يجوز للحارس أن يبرم صلحا مع المستأجر، أو أن ينزل عن جزء من الأجرة، لأن هذه من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة فتقتضي موافقة ذوي الشأن أو إذن المحكمة. ويجوز للحارس أن يزرع الأطيان الموضوعة تحت الحراسة بنفسه إذا وجد أن هذه هي خير طريقة للاستعمال، أو إذا لم يتقدم مستأجر يعرض الأجرة المناسبة. وفي هذه الحالة يدخل بعض أعمال التصرف في سلطة الحارس بطريق التبعية لأعمال الإدارة، فيجوز له أن يشتري البذور والسماد والمواشي والآلات اللازمة للزراعة، كما يجوز له أن يبيع المحصول (السنهوري ص٧٧٦) وله أن يقترض من المال ما يلزم لإنجاز هذه الأعمال إذا لم يقدم الخصوم له هذا المال (استئناف مختلط ١٧ فبراير سنة١٩٣٢ م٤٤ ص١٧٩)، ويعتبر داخلا في أعمال الإدارة شراء الحارس الفحم والسماد (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة١٩٣٥ م٤٧ ص١٢٢)، ويبيع المحصول المستقبل لشراء البذور (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة١٩٣٥ م٤٧ ص١٤١)، ومع ذلك فليس الحارس ملزما بزراعة الأرض بنفسه، وقد قضي بأنه ليس ملزما بأن ينفق من ماله الخاص علي زراعة الأرض المؤجرة والموضوعة تحت الحراسة، خصوصا مع وجود المعدات اللازمة لإدارتها من قبل المستأجر والضامن له، ومن عدم وجود أموال لديه للصرف، ولضعف تربة الأرض مما ترجح معه الخسارة، وكل ما هو مسئول عنه هو إدارتها بطريقة حسنة سواء بالتأجير أو بغيره (شبين الكوم الكلية ١٠ فبراير سنة١٩٣١ المحاماة١٣ رقم٢١٤ ص٤٢٧)، وللحارس أيضا مباشرة التصرفات اللازمة لأعمال الإدارة والحفظ مثل استيفاء الحقوق وإعطاء المخالصات وقبض الحقوق كاملة قبل حلول أجلها، وليس له تأجيلها بدون إذن، وله رفع الدعاوى واتخاذ الإجراءات اللازمة لاستيفاء الحقوق وتوقيع الحجوزات وله أن يطعن في عقود الإيجار الصورية أو المعقودة غشا، ويوفي الديون ويستوفي الحقوق ويشطب الرهن بعد استيفاء الحقوق وأن يصالح علي الدين إذا كان في ذلك مصلحة واضحة تتحقق باستحالة استيفاء الحق بدون ذلك علي خلاف في الرأي فالتصالح تصرف – وله التأمين ضد السرقة والحريق ويدخل ذلك في حدود سلطته بحفظ الشئ، وله الاستعانة في الإدارة بعمال، وينفق من الريع أو من المال الموجود تحت يده وليس

له بيع شئ للإنفاق منها علي أعمال الإدارة تعين إخطار صاحب المال ليقدم له ما ينفق منه وإلا كان غير مسئول عما يترتب علي ذلك، ويبذل في ذلك كله عناية الرجل المعتاد ولو جاوزت عنايته في شئونه الخاصة وسواء كانت الحراسة بأجر أو بغير أجر بخلاف الوكيل إذ لا يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إلا إذا كانت الوكالة بأجر (أنور طلبه ص٣١٧).

وقد قضت محكمة النقض بأن "الحارس القضائي يلتزم إعمالا لنص المادة ١/٧٣٤ من القانون المدني بالمحافظة علي الأموال المعهودة إليه حراستها وبإدارة هذه الأموال ويتعين عليه أن يبذل عناية الرجل المعتاد، فإذا لم يبذل هذه العناية ونجم عن ذلك ضرر، كان مسئولا عن تعويض ذلك الضرر حتى ولو أثبت أن العناية الأقل التي بذلها فعلا هي العناية التي يبذلها في حفظ مال نفسه فإنه ملزم ببذل عناية الرجل المعتاد ولو كانت هذه العناية تزيد علي عنايته الشخصية" (الطعن رقم ١٣١٨ لسنة ٤٨ق س٣٢ ص١٩٥٢ جلسة ١٩٨١/٦/٢٥)، وبأنه "يلتزم الحارس القضائي بأن يبذل في إدارة الأموال المعهودة إليه عناية الرجل المعتاد وقد وضع المشرع معيارا لهذه العناية هو عناية الرجل المعتاد وسواء كانت الحراسة بأجر أو بغير أجر فإن الحارس ملزم ببذل هذه العناية ولو كان تزيد علي عنايته الشخصية فإذا نزل عن عناية الرجل المعتاد ونجم عن ذلك ضرر كان مسئولا عن التعويض عن الضرر كله" (الطعن رقم ٣٠٩ لسنة ٤١ق جلسة ١٩٨٢/١٢/١٢)، وبأنه "النص في المادة ١٠٨ من القانون المدني علي أنه "لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء كان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، وللمادة ٧٠٦ علي أنه "ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه" مؤداه منع الحارس قانونا من استغلال أموال الحراسة لصالحه بتأجيرها لنفسه" (الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٦ق س٣٢ ص١٤٠٧ جلسة ١٩٨١/٥/٩).

- **سلطة الحارس في التصرف** :

رأينا أن المادة ٧٣٥ مدني قد نصت علي أنه: "لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضاء ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء" فيتضح من نص هذه المادة أن أعمال التصرف غير التابعة لأعمال الإدارة، فلا يجوز للحارس مباشرتها إلا بموافقة ذوي الشأن جميعا أو بإذن المحكمة التي عينته، وألا فلا يسري

التصرف في حق صاحب المال إلا إذا أقره، ومن ثم فلا يجوز للحارس أن يبيع أو يقرض أو يقايض أو يشارك أو يهب أو يرهن أو يصالح فيما عد الحالات السابقة، أو يتنازل عن جزء من الحق أو يجري تحسينات في العين أو يطعن بالتزوير في التصرفات الصادرة من المالك.

ويتولي الحارس الإدارة بنفسه فلا يعهد بها لأحد من ذوي الشأن أو يؤجر له العين التزاما بنص المادة ٧٣٤ إلا بموافقة باقي ذوي الشأن جميعا فذلك من قبيل الإدارة غير المعتادة . (أنور طلبه ص٣١٧)

أما إذا أناب الحارس أجنبيا من غير ذوي الشأن في الإدارة، فإنه يجب الرجوع في ذلك إلي أحكام الوكالة. وهذه تقضي كما رأينا بأن الوكيل يجوز له أن ينيب غيره في تنفيذ الوكالة، إلا إذا منع من ذلك صراحة أو ضمنا، ويعتبر أن هناك منعا ضمنيا إذا اختير الوكيل لاعتبار شخصي. ولما كان الحارس يختار عادة لاعتبار شخصي فيه، لذلك يكون ممنوعا من إنابة غيره عنه في الإدارة، سواء كان هذا الغير من ذوي الشأن أو كان أجنبيا، ويجب أن يتولي الإدارة بنفسه فهذه هي مهمته ولا يجوز له أن يتخلي عنها . (السنهوري ص٧٧٧– محمد عبد اللطيف ص٣٢٤)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الحراسة مجرد إجراء تحفظي مؤقت ينوب فيه الحارس عن ذوي الشأن في مباشرة أعمال حفظ الأموال المعهودة إليه حراستها، وأعمال إدارة هذه الأموال وما تستتبعه من أعمال التصرف المحدودة التي تلحق بها بالضرورة بحيث تكون له وحده –دونهم– الصفة في مباشرتها والتقاضي بشأنها، أما ما يجاوز هذه الحدود من أعمال التصرف الأخرى وما في حكمها التي تعلو عن مستوي أعمال الحفظ والإدارة لتعلقها بأصل تلك الأموال ومقوماتها، أو لما قد يترتب عليها من إخراج جزء من المال أو إنشاء حق عيني فلا يكون للحارس صفة في مباشرتها أو في رفع الدعاوى منه أو عليه بشأنها، بل تظل لذوي الشأن وحدهم أهليتهم كاملة في القيام بها ما لم يتفقوا علي غير ذلك أو يصدر به ترخيص من القضاء" (الطعن رقم ٤٩٧ لسنة ٤٩ق س٣٥ ص١١٢٣ جلسة ١٩٨٤/١٢/١٧)، وبأنه "الحارس القضائي يصبح بمجرد تعيينه نائبا عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة وهو بهذه المثابة ملزم بالمحافظة علي الأعيان التي تحت يده الخاضعة للحراسة والقيام بإدارتها وهو إذا كان صاحب

الصفة في التقاضي فيما ينشأ عن هذه الأعمال من منازعات باعتباره نائبا عن ملاكها وكان الأصل وفقا لنص المادة ١٠٥ من القانون المدني أن ما يبرمه النائب في حدود نيابته ينصرف إلي الأصيل إلا أن هذه النيابة تقف عند حد الغش فإذا تواطأ الحارس مع الغير للإضرار بحقوق صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة فإن التصرف علي هذا النحو لا ينصرف أثره إلي هذا الأخير لما كان ذلك وكان الثابت في الأوراق أن الطاعن استند علي طلبه علي أن العقد الذي ابرمه المطعون ضده الأول بوصفه حارسا قضائيا قد تحرر بطريف الغش والتواطؤ بين طرفيه إضرارا به باعتباره صاحب الحق غي الأطيان الموضوعة تحت الحراسة مما تتوافر معه للطاعن مصلحة قائمة وحالة في إقامة دعواه بحيث تعود عليه فائدة عملية إذا ما حكم له فيها فإن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر دعوى الطاعن في هذا الخصوص من الدعاوى الخاصة بحفظ المال الموضوع تحت الحراسة وإدارته مما لا يجوز رفعها من مالك المال وحجب بذلك نفسه عن بحث دفاع الطاعن بصورية العقد محل الدعوى فإنه يكون قد خالف القانون" (الطعن رقم ١٧٨٨ لسنة ٥٣ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥)، وبأنه "مؤدي المادتين (٧٣٤)، (٧٣٥) من القانون المدني أن الحارس القضائي ينوب عن ذوي الشأن في مباشرة أعمال حفظ الموال المعهودة إليه حراستها وأعمال إدارة هذه الأموال وما تستتبعه من أعمال التصرف المحدودة التي تلحق بها بالضرورة فيكون له وحده الحق في التقاضي بشأنها، أما ما يجاوز تلك الحدود عن أعمال التصرف الأخرى والمتعلقة بأصل تلك الأموال ومقوماتها فتظل لذوي الشأن وحدهم أهليتهم كاملة في القيام بها والتقاضي بشأنها ما لم يتفقوا علي غير ذلك أو يصدر به ترخيص من القضاء. لما كان ذلك وكان الثابت من الحكم الصادر في الدعوى ٢٦٢١ لسنة ١٩٩٠ مدني مستعجل الإسكندرية بفرض الحراسة علي العقار الذي تقع به شقة النزاع أنه قصر مهمة الحارس علي إدارته ولم يرخص له بأي عمل من أعمال التصرف. وإذ كانت الدعوى المقامة من المطعون ضده علي الطاعن بفسخ عقد بيع شقة النزاع تهدف إلي زوال التصرف المعقود بينهما، فإنها تخرج عن نطاق المهمة المنطوطة بالحارس القضائي لتعلقها بأصل الأموال الموضوعة تحت الحراسة ومن ثم لا تتوافر الصفة في مباشرتها لغير المطعون ضده باعتباره من ملاك العقار. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإنه يكون

قد أصاب صحيح القانون" (طعن ٧٠٩٢ س ٦٤ق نقض ١٩٩٥/١٢/١٢، طعن ٤٩٧ س ٤٩ق نقض ١٩٨٤/١٢/١٧، طعن ١٣٥٧ س ٤٩ق نقض ١٩٨٣/٥/٣١، طعن ١٦٥٣ س ٥٨ق نقض ١٩٨٣/٥/٢٢).

كما قضي بأن "الحراسة إجراء تحفظي تدعو إلي ضرورة المحافظة علي الأشياء المتنازع عليها حتى ينتهي النزاع القائم بشأنها، ولهذا فالأصل أن سلطة الحارس التي تحددها المحكمة في حكم الحراسة يجب أن تقتصر علي أعمال الصيانة اللازمة وأعمال الإدارة والاستغلال العاديين. إلا أن ظروفا قد تطرأ تبيح الخروج علي هذا الأصل وتستلزم الإذن للحارس في بيع المنقولات موضع الحراسة، كما لو خيف عليها التلف أو هبوط القيمة أو كانت قيمتها لا تحتمل الصرف علي حفظها وصيانتها، ففي هذه الحالات ومثيلاتها يجوز للقضاء بصفة استثنائية أن يمد في سلطة الحارس وأن يجيز له بيع المنقولات علي أن يودع ثمنها خزانة المحكمة (إسكندرية مستعجل ١٤ ديسمبر سنة١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم١٩٠ ص٣٧٣).

وقضي أيضا بأن مأمورية الحارس القضائي تقتصر علي الإدارة دون التصرف، اللهم إلا في حالات استثنائية محضة أجازها البعض، كتخويل الحارس سلطة بيع المال الموضوع تحت الحراسة إذا كان حفظه يتكلف نفقات جسيمة، وتخويله أحيانا سلطة تصفية التركات (إسكندرية مستعجل ٨ مايو سنة١٩٣٩ المحاماة ٢٠ ص١٢٠، وانظر استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م٣٢ ص١٩٦– ١٦ فبراير سنة١٩٣٢ م٤٥ ص٢٢).

- **للحارس وحده الصفة في جميع أعمال الإدارة والتصرف التي تدخل في سلطته** :

يكون الحارس القضائي وحده دون المالك هو ذو الصفة في مباشرة جميع أعمال الإدارة وأعمال التصرف الداخلة في سلطته، فهو وحده الذي يتولاها دون المالك. ولا يجوز للمالك أن يتولاها، فقد غلت يده عنها بسبب الحراسة، وإذا قام بعمل منها كان العمل باطلا.

ويترتب علي ذلك أن جميع الدعاوى التي تنشأ من أعمال الإدارة والتصرف التي تدخل في سلطة الحارس يكون الحارس وحده هو ذو الصفة في رفعها منه أو في رفعها عليه، ولا يجوز رفعها من المالك أو عليه لانعدام صفته . (محمد كامل مرسي فقرة ٣٦٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى قضي بإقامة حارس قضائي علي أعيان وقف وخوله الحكم الذي أقامه إدارة هذه الأعيان، فإنه يصبح بمثابة الناظر المؤقت، ويكون هو صاحب الصفة في تمثيل الوقف أمام القضاء، ولا يملك التحدث في شؤون إدارة الوقف سواء. ويترتب علي مجرد صدور حكم في مواجهة الناظر بإقامة حارس علي نصيبه في الوقف أن تغل يده عن إدارة هذا النصيب دون حاجة إلي أي إجراء آخر" (مجموعة أحكام النقض ٢ رقم١١٥ ص٧٢١ نقض مدني ١٩ أبريل سنة١٩٥١).

مفاد ما تقدم أنه "لما كان الحارس القضائي نائبا قانونيا عن ذوي الشأن فإنه يلتزم بالقيام بأعمال الحفظ وإدارة الأموال محل الحراسة وما تستتبعه من أعمال التصرف المحدودة التي تتطلبها تلك الأعمال بالضرورة، أما ما يجاوز هذه الحدود من أعمال التصرف الأخرى وما في حكمها التي تعلو علي مستوى أعمال الحفظ والإدارة لتعلقها بأصل تلك الأموال ومقوماتها، فلا يكون للحارس صفة في مباشرتها بل تظل لذوي الشأن أهليتهم كاملة في القيام بها" . (أنور طلبه ص٣١٩)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الحارس القضائي يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائبا نيابة قضائية عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة. إلا أن هذه النيابة قاصرة علي ما يتعلق بأعمال إدارة المال وأعمال المحافظة عليه وما يندرج تحت ذلك من أعمال التصرف التي تدخل بطريق التبعية في أعمال الإدارة وأعمال الحفظ ولا تمتد نيابة الحارس إلي أعمال التصرف التي تمس أصل الحق ومنها بيع المال فلا يجوز للحارس القضائي مباشرتها إلا برضاء ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء أو بإذن ممن يثبت أنه صاحب الحق الذي تبقي له أهليته الكاملة في هذه الأعمال لأن الحراسة لا تعزله عنها ولا تغل يده فيها ويكون صاحب الحق في القيام بها بنفسه أو بمن ينيبه فيها ومؤدي ذلك أن الحارس القضائي لا تكون له صفة عن صاحب الحق في دعوى بيع المال جبرا ولا في الإجراءات المتعلقة بها وإذا حكم عليه بإيقاع البيع فإن الحكم لا يسري علي صاحب الحق" (طعن ١٦٥٣ س ٤٨ق نقض ١٩٨٣/٥/٢٣) وبأنه "متى كان مفاد نص المادة ٧٣٥ من القانون المدني أنه يجوز للحارس أن يجري أعمال التصرف برضاء ذوي الشأن، فإن تدخل المستحقين في الوقف منضمين إلي الحارس القانوني علي الوقف

في طلباته في دعوى تثبيت الملكية التي أقامها بصفته من شأنه أن يزل العيب الذي شاب تمثيله لهم وبزواله تصبح إجراءات التقاضي صحيحة ومنتجة لأثارها في حق الخصوم علي السواء منذ بدايتها" (طعن ٤٥٠ س ٣٤ق نقض ١٩٦٨/١١/٢٦)

وبأنه "النص في المادة (٧٣٤) من القانون المدني علي أن يلتزم الحارس القضائي بالمحافظة علي الأموال المعهودة إليه حراستها وبإدارة هذه الأموال.." وفي المادة (٧٣٥) علي أنه "لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن ينصرف إلا برضاء ذوي الشأن جميعا أو بترخيص من القضاء" يدل علي أن الحراسة مجرد إجراء تحفظي مؤقت ينوب فيه الحارس عن ذوي الشأن في مباشرة أعمال حفظ الأموال المعهودة إليه حراستها، وأعمال إدارة هذه الأموال وما تستتبعه من أعمال التصرف المحدودة التي تلحق بها الضرورة بحيث تكون له وحده –دونهم– الصفة في مباشرتها والتقاضي بشأنها، أما ما يجاوز هذه الحدود من أعمال التصرف الأخرى وما في حكمها التي تعلو عن مستوي أعمال الحفظ والإدارة لتعلقها بأصل تلك الأموال ومقوماتها. أو لما قد يترتب عليها من إخراج جزء من المال أو إنشاء أي حق عيني عليه فلا يكون للحارس صفة في مباشرتها أو في رفع الدعاوى منه أو عليه بشأنها، بل تظل لذوي الشأن وحدهم أهليتهم كاملة في القيام بها ما لم يتفقوا علي غير ذلك أو يصدر به ترخيص من القضاء، لما كان ذلك وكانت إجراءات ربط الضريبة التي تستحق علي التركة ورسم الأيلولة الذي يستحق علي أنصبة الورثة والمنازعة فيها هي من الأعمال التي تعلو علي مستوى أعمال الحفظ والإدارة – لتعلقها بعناصر التركة ومقوماتها وتقدير أصولها وخصومها وتحديد صافيها قبل أيلولتها إلي الورثة فإنه لا تكون للحارس القضائي علي التركة صفة في تمثيل الورثة في تلك الإجراءات" (طعن ٤٩٧ س ٤٩ق نقض ١٩٨٤/١٢/١٧)

البيـــوع الآجلة فـــي البورصـــة

تنص المادة ٧٤٠ مدني على أن " يستثني من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا في الألعاب الرياضية. ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه.

ويستثني أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب ".

- **استثناءات من تحريم المقامرة** :

رأينا أن المادة ٧٤٠ مدني قد نصت علي أن "يستثني من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا منه ويستثني أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب" ويتبين من النص المتقدم الذكر أن للقاعدة التي تقضي ببطلان عقد المقامرة أو الرهان استثناتين منصوصا عليهما صراحة يكون العقد فيهما صحيحا ملزما للمتعاقدين: (١)المباراة في الألعاب الرياضية. (٢)ألعاب النصيب.

- **الاستثناء الأول**: **الألعاب الرياضية** :

فقد استثنت الفقرة الأولي من المادة ٧٤٠ مدني من البطلان الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا في الألعاب الرياضية والألعاب الرياضية هي التي تقوم علي المهارة الرياضية في الجسم فيدخل في الألعاب الرياضية، وتكون المباراة فيها مقابل جعل مشروعة، جميع ألعاب الجمباز والألعاب السويدية، والكرة والتنس وتنس الطاولة والجري والقفز وسباق الخيل والجولف والراكيت والمصارعة الملاكمة والمبارزة بالشيش والبلياردو والسباحة والتجديف والرماية، وكل لعبة أخرى تقوم علي المهارة ورياضية الجسم .

ولا يدخل في الألعاب الرياضية، فتكون المباراة فيها يجعل مقامرة غير مشروعة، كل لعبة لا تقوم علي رياضية الجسم، ولو اعتمدت علي المهارة الفكرية كالشطرنج والداما، وجميع ألعاب الورق سواء كان للحظ فيها النصيب الأكبر أو كان النصيب للمهارة، ويدخل في ذلك البريدج والوكر والكونكان وغيرها من ألعاب الورق المعروفة، كذلك لا يدخل في الألعاب الرياضية كل لعبة أخرى ولو لم تكن من ألعاب الورق، ولو اعتمدت علي المهارة، مادامت لا تقوم علي رياضة الجسم، وذلك

كالطاولة والدومينو، ومن باب أولي لو اعتمدت علي مجرد الحظ كالروكيت . (السنهوري ص٨٥٦)

- **ويشترط حتى تكون المباراة مشروعة ما يلي** :

يشترط حتى تكون المباراة مشروعة أن تتم المراهنة فيما بين المتبارين أنفسهم أو مديري اللعبة فإن تمت فيما بين الجمهور كانت المراهنة باطلة وسرت أحكام المادة السابقة، كما يشترط أن يكون المتباري أهلا للتصرف في المبلغ محل المراهنة وأن يكون التراضي علي المباراة خاليا من الغلط والتدليس والإكراه، ومتى صحت المراهنة من خسر المباراة بأن يدفع مبلغ الرهان . (أنور طلبه ص٣٥٨)

- **جواز تخفيض قيمة الرهان إذا كان مبالغا فيه** :

وإذا تم العقد بين المتبارين صحيحا علي النحو الذي قدمناه، فإن من خسر المباراة يلتزم بدفع المبلغ المتفق عليه لمن كسب ولكن العبارة الأخيرة من الفقرة الأولي من المادة ٧٤٠ مدني تقول كما رأينا "ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغا فيه" فإذا اتفق المتباريان علي مبلغ يزيد كثيرا عما تقتضيه أهمية المباراة، أو يجاوز حدود ما تفرضه حالة المتبارين أو ما تفرضه ثروة كل منهما، اعتبر هذا مضاربة، وكان الجزاء أن يخفض القاضي المبلغ إلي الحد المناسب، ويحكم بالمبلغ المخفض لمن فاز في المباراة، وإذا دفع الخاسر كل المبلغ، فله أن يطلب من المحكمة تخفيضه وأن يسترد الفرق ممن كسب . (السنهوري ص٨٥٨)

وقد توهم المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه لا يخفض إلا الرهان من غير اللاعبين إذا كان مبالغا فيه، إذ ورد في المذكرة ما يأتي: "أما الرهان من غير اللاعبين، إذا كان مبالغا فيه، فيجوز للقاضي تخفيضه بالقدر الذي تتحقق به فكرة التشجيع دون زيادة" . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص٣٠٣)

والصحيح أن الذي يخفض إذا كان مبالغا فيه هو المبلغ الذي اتفق عليه المتبارون أنفسهم فيما بينهم، أما الرهان من غير المتبارين فغير مشروع كما قدمنا، ولا يجوز الحكم به ولو لم يكن مبالغا فيه.

- **الاستئناف الثاني: ألعاب النصيب**:
- **الأصل أن أعمال النصيب من أعمال المقامرة** :

والمقصود بأعمال النصيب هي كل الأعمال المعروضة علي الجمهور بأي اسم كان والتي يكون الربح فيها موكولا لمجرد الحظ. وأعمال النصيب يساهم فيها عدد

كبير من الناس، كل يدفع مبلغا صغيرا ابتغاء كسب النصيب. والنصيب مبلغ أو عدة مبالغ –وقد يكون شيئا أو عدة أشياء– توضع تحت السحب، فيكون لكل مساهم رقم معين ويسحب من بين هذه الأرقام عن طريق محض الحظ الرقم أو الأرقام الفائزة ويعتبر من ألعاب النصيب وضع شئ شائع بين أكثر من مالك واحد في السحب، وكذلك إصدار سندات مصحوبة بنصيب ، ويعتبر أيضا من ألعاب النصيب وضع أجهزة أوتوماتيكية تحت تصرف الجمهور، يضع فيها اللاعب مبلغا صغيرا من النقود يخسره أو يفوز بمبلغ أكبر أو بشي أكبر قيمة. فلعبة النصيب علي الوجه الذي بيناه تعتبر مراهنة، فكل مساهم فيها يراهن علي أن رقمه هو الفائز، فإن صدق قوله فاز بالنصيب، وإن لم يصدق خسر المبلغ الذي دفعه، ومحض الحظ هو الذي يتحكم في تعيين من هو الفائز، لذلك يكون الأصل أن جميع ألعاب النصيب محرمة باعتبارها غير مشروعة فتكون المراهنة باطلة، ويجوز لكل مساهم أن يسترد ما دفعه، ويسترد من الفائز ما كسب هذا إلي جانب الجزاء الجنائي، فقد نصت المادة ٣٥٣ من تقنين العقوبات المعدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٥٥ علي ما يأتي "ويعاقب بهذه العقوبات أيضا (الحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه) كل من وضع للبيع شيئا في النمرة المعروفة باللوتيري بدون إذن الحكومة، وتضبط أيضا لجانب الحكومة جميع النقود والأمتعة الموضوعة في النمرة" أما النصيب المجاني، الذي لا يدفع المساهمون شيئا، فمشروع (بودرى وفال فقرة ٦٣– بلانيول وريبير وبيسون ١١ فقرة ١٢١٤ ص٥٦٦– نقض فرنسي جنائي أول يوليه سنة ١٩٣٢ داللوز الأسبوعي ١٩٣٢– ٤٤٦)، ولا يعتبر نصيبا مجانيا أن تخصص جريدة أو مجلة جوائز لقرائها بطريق السحب، بل يكون هذا نصيبا غير مشروع باريس ١٣ فبراير سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٥–٢–١٧٩– بودري وفال فقرة ٦٣ ص٣٧٨ هامش٣– frerejouan du saint فقرة ١٩٣). ويكون أيضا نصيبا غير مشروع أن يعلن تاجر أنه يرد لعملائه ما دفعوه أثمانا لمشترياتهم إذ وقع الشراء في يوم من أيام الشهر يعين فيما بعد (بلانيول وريبير وبيسون ١١ فقرة ١٢١٦ ص٥٦٨ هامش١).

وقد قضت محكمة النقض بأن "لعبة الطمبولا لا تدخل في أي من الألعاب والأعمال الرياضية بالمعني الوارد في القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ المعدل بالقانون رقم ١٣٥ سنة ١٩٤٧ بشأن المراهنة علي سباق الخيل ورمي الحمام وغيرها من أنواع الألعاب والأعمال الرياضية. وليست أيضا أنواع القمار المحظور مزاولتها في

المحال العامة بمقتضي المادة ١٩ من القانون رقم ٣٨ سنة ١٩٤١ قبل صدور قرار وزير الداخلية في ١٩٥٥/٢/١٠ باعتبار بعض الألعاب القمار ومن بينها الطمبولا، وأنها لم تكن تعدو وقتذاك عملا من أعمال اليانصيب فيما يندرج تحت أحكام القانون رقم ١٠ سنة ١٩٠٥ بشأن أعمال اليانصيب" (المحاماة ٣٧ رقم٤٧٣ ص١٠٨٨ نقض جنائي ٢٢ مايو سنة١٩٥٦)

- **استثناء أوراق النصيب المرخص فيها من التحريم** :

والقانون الذي ينظم ألعاب النصيب، ويحرمها في الأصل مع جواز الترخيص في بعضها لأغراض خيرية، هو القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٠٥ الصادر في ٧ مارس سنة ١٩٠٥ بشأن أعمال "اليانصيب" المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩١١ وتحرم المادة الأولي من هذا القانون الأعمال الآتية إذا كان القيام بها بغير ترخيص إداري من الحكومة: أولا– التجول بأوراق اليانصيب (اللوترية) وبيعها أو عرضها للبيع أو توزيعها في المحلات العامة. ثانيا– التجول بحيوانات ميتة أو حية أو شئ من الأشياء الأخرى مع عرضها علي الجمهور بصفة يانصيب. ثالثا– التعريف بوجود يانصيب أو تسهيل تصريف أوراقه بإعلانات منشورة أو ملصوقة أو بإحدى طرق العرض أو بغير ذلك من وسائل النشر. وتقضي المادة الثانية بألا تعتبر من أعمال النصيب السندات المالية ذات الأرباح باليانصيب **(valeurs a lots)** المأذون بها بصفة خصوصية من الحكومة المصرية أو من حكومة أجنبية يكون قد حصل إصدار هذه المستندات بمقتضي قوانينها، ولكن بيع مجرد البخت في سحب هذه السندات يدخل تحت حكم المنع المنصوص عليه في المادة الأولي . (السنهوري ص٨٦١)

وقد قضت الاستئناف المختلطة بأن "القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٠٥ قد اقتصر علي بيان الفرق بين السندات المالية ذات الأنصبة وأوراق النصيب، فلا يمكن الادعاء بأن السندات المالية ذات الأنصبة التي أجازها القانون المذكور تعتبر باطلة من وجهة القانون المدني (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م٤١ ص٣٩٤)، وانظر في أوراق النصيب المأذون فيها من حكومة أجنبية (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٦ م١٨ ص١١٢– ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م١٩ ص٩٢)، وتقرر المادة الثالثة (المعدلة بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩١١) الجزاء الجنائي علي من يخالف أحكام القانون، وهو الغرامة التي لا تجاوز مائة قرش أصبحت لا يقل مقدارها

عن عشرة جنيهات وبحد أقصى مائة جنيه طبقا للقانون ١٦٩ لسنة ١٩٨١ وفي حالة صدور الحكم مرة ثانية يجوز للقاضي أن يحكم فوق الغرامة بعقوبة الحبس لمدة لا تجاوز أسبوعا وفي جميع الأحوال يأمر القاضي بمصادرة الأوراق والأشياء التي جري استخدامها في ارتكاب المخالفة، ويجوز له أيضا أن يأمر بإغلاق المحال التي جرى استخدامها بصفة مكاتب لأعمال النصيب. فالقانون إذن يعاقب علي أعمال النصيب المبين فيما تقدم فضلا عن اعتبارها باطلة من الناحية المدنية علي الوجه الذي سبق أن بيناه ومع ذلك يجيز القانون كما رأينا أن ترخص جهة الإدارة في عمل معين من أعمال النصيب لأغراض خيرية تقوم علي اقتطاع جزء من الكسب للصرف منه في وجه البر والخير، فمتى رخصت الإدارة في عمل النصيب أصبح مشروعا، ولم يجز للمساهمين في هذا العمل أن يستردوا ما دفعوا، ويكون للفائز الحق في المطالبة بما فاز به (السنهوري ص٨٦٢)

- **تنظيم أعمال اليانصيب بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٧٣ بنظام اليانصيب** :

جاء القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٧٣ بنظام اليانصيب معرفا أعمال النصيب في المادة الأولي منه بأنها كل عمل يعرض علي الجمهور تحت أية تسمية كانت لغرض خيري أو تجاري أو لأي غرض آخر تخصص له بعض الجوائز المالية أو العينية التي يكون الحصول عليها موكولا للحظ دون سواه. وقد خص وزارة الشئون الاجتماعية بالترخيص في أعمال اليانصيب أيا كان نوعه أو الغرض منه وفقا للشروط والأوضاع والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير الشئون الاجتماعية وذلك فيما عدا أعمال اليانصيب التي يمنح حق الترخيص فيها لجهات معينة بمقتضي قوانين خاصة علي أنه في جميع الأحوال يجب تمثيل وزارة الشئون الاجتماعية في عمليات السحب (م٢)، كما حظر بغير ترخيص من وزارة الشئون الاجتماعية ممارسة عرض أوراق اليانصيب أو بيعها أو توزيعها ويصدر وزير الشئون الاجتماعية قرارا بالشروط والأوضاع والإجراءات التي تنظم منح هذه التراخيص. ولوزير الشئون الاجتماعية أن يعفي من شروط الحصول علي الترخيص في بعض الحالات بقرار يصدر منه (م٤)، وأعفى من رسم الدمغة المفروض بالقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١ بتقرير ورسم الدمغة (حل محله القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠) الجوائز التي تؤول إلي صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات أو إلي الجمعيات والمؤسسات الخاصة المشهرة نظمها قانونا نتيجة لوجود الأرقام الرابحة ضمن الأوراق غير المبيعة، أو

لعدم تقدم المستحقين للجوائز لتسلمها خلال ستين يوما من تاريخ إجراء السحب (م٥)، وبمقتضي أحكام هذا القانون يعاقب بالحبس وبغرامة لا تجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام بإصدار أي نوع من أنواع اليانصيب وطرحه علي الجمهور دون الحصول علي الترخيص المنصوص عليه في المادة (٢) من هذا القانون وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وغرامة لا تقل عن مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (م٦/٢، ١).

ويعاقب بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات: (أ) كل من مارس عرض أو بيع أو توزيع أوراق اليانصيب بغير ترخيص. (ب) كل من خالف الشروط والأوضاع والقواعد والإجراءات الصادر بها الترخيص في اليانصيب أو الترخيص في ممارسة عرض أوراق اليانصيب أو بيعها أو توزيعها. وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس لمدة لا تجاوز ستة أشهر وغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تجاوز عشرين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ويحكم بمصادر حصيلة بيع أوراق اليانصيب الصادرة بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذا له، وكذلك كل ما استخدم في ارتكاب الجريمة وذلك لحساب صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات لإنفاقه في أعمال البر التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الشئون الاجتماعية. كما يجوز الحكم بإغلاق المحال التي استخدمت في ارتكاب الجريمة وذلك لمدة لا تزيد علي ثلاثة أشهر (م٦/٣، ٤). ولا تخل الأحكام المتقدمة بتوقيع أية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر (م٦/٥). ويلغي القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٠٥ بشأن أعمال اليانصيب كما يلغي كل نص يخالف أحكام هذا القانون (م٨).

- **أعمال اليانصيب التي أجازها القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٧٣** :

أعمال اليانصيب التي أجازها القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٧٣ فضلا عن أنها غير محرمة فلا يخضع من صدرت منه لعقوبة جنائية، فإنها مشروعة أيضا من الناحية المدنية وتكون أوراق النصيب لحاملها فإذا ما ادعى غيره استحقاقها جاز لصاحبها إثبات ملكيتها وفقا للقواعد العامة– فيما عدا حالتي السرقة والضياع– والعبرة بقيمة الجائزة لا بثمن الورقة وذلك في الإثبات والاختصاص، وإذا كان من يملك الورقة الفائزة وقت السحب لا يعلم بفوزه وباع الورقة بعد السحب إلي غيره جاز له أن يطعن في البيع بالغلط فيستحق هو الجائزة لا المشترى . (أنور طلبه ص٣٥٨)

وقد قضت محكمة النقض بأن "الجائزة في الواقع هي موضوع التعاقد والغرض الملحوظ فيه عند مشترى الورقة وعند الهيئة التي أصدرت ورقة النصيب علي السواء، أما الورقة الرابحة، فهي سند الجائزة ومظهرها الوحيد، فلا تكون الجائزة مستحقة إلا بها، والقيمة المدفوعة ثمنا لها لا يكون لها عندئذ وجود إذ هي قد صارت مستهلكة في الجوائز وفي الأغراض التي من أجلها أصدرت أوراق النصيب، ولما كانت أوراق النصيب غير اسمية فإن الورقة الرابحة تكون سندا لحامله بالجائزة، وإذا كانت العبرة في ملكية السندات التي من هذا النوع هي الحيازة، فإن صاحب الحق في المطالبة بالجائزة هو من تكون بيده الورقة الرابحة، فإذا ما ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها، فإنه في غير حالتي السرقة والضياع، يتعين اعتبار القيمة المطلوبة، لا بالنسبة إلي المحكمة المختصة فقط بل النسبة إلي قواعد الإثبات أيضا، بحيث إذا كانت قيمة المدعى به تزيد علي ألف قرش (خمسمائة جنيه في القانون الحالي) كان الإثبات بالكتابة" (طعن ٣٥ س ١١ق نقض ١٩٤٢/١/٨)

وبالإضافة إلي الاستثناءين الواردان بالمادة ٧٤٠ مدني هناك استثناءان آخران وهما :

- **سباق الخيل والرماية** :

سباق الخيل والرماية تعتبر من الألعاب الرياضية التي تقوم علي رياضة الجسم، ومن ثم تجوز المباراة فيها بشرط أن يكون التعاقد بين المتبارين أنفسهم. أما إذا كان الرهان من غير المتبارين فهذه مراهنة غير مشروعة، وتكون باطلة، ويجوز لمن دفع الرهان أن يسترد ما دفع، كذلك يجوز استرداد الجائزة من الفائز.

وهنا أيضا إلي جانب هذا الجزاء المدني، جزاء جنائي. فقد قضت المادة الأولي من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ الصادر في ٤ أبريل سنة ١٩٢٢ في شأن المراهنة علي سباق الخيل ورمي الحمام وغيريهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة، وهي المادة المعدلة بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ بعقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تزيد علي ألف جنيه علي: (أ) كل من عرض أو أعطى أو تلقى في أية جهة وبأية صورة رهانا علي سباق الخيل أو رومي الحمام أو غيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة، سواء أكلن ذلك بالذات أم بالواسطة. (ب) كل من استعمل نوعا من أنواع الرهان المشار إليه في أية جهة وبأية صورة، سواء أكان ذلك بصفة مؤقتة أم مستديمة، أو جعل نفسه وسيطا في هذه المراهنات. (ج) كل من أخفى أو ساعد علي إخفاء النقود أو

الأوراق أو الأدوات المستعملة في الرهان المتقدم ذكره. وفي حالة العود يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبات المتقدمة بشرط عدم تجاوز مثل هذا الحد. وفي جميع الأحوال تضبط النقود والأوراق والأدوات المستعملة في الرهان، ويحكم بمصادرتها لجانب الحكومة.

كما قضت المادة الثانية من نفس القانون (المعدلة بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ بأن يعاقب بهذه العقوبات نفسها كل صاحب محل عام أو مدير له يسمح بحصول مراهنات في محله مخالفة لأحكام القانون ويجوز للقاضي أن يحكم بإغلاق المحل لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز ستة أشهر وفي حالة العود في مدى ثلاث سنوات يحكم القاضي بإغلاق المحل نهائيا.

ويعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تتجاوز خمسين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين من راهن علي نوع الألعاب المذكورة المنصوص عليهم في المادة الأولي من هذا القانون وأجازت المادة الرابعة لجمعيات سباق الخيل الموجودة الآن وللجمعيات والأفراد الذين يقومون بتنظيم ألعاب وأعمال رياضية إجراء الرهان المتبادل أو غيره من أنواع الرهان وذلك بمقتضي إذن خاص وبحسب الشروط المبينة بعد. وفي حالة الحصول علي إذن لا يجري حكم المادة الأولي علي أي رهان يقدم أو يعطى أو يتلقى بالشروط المبينة فيه. وتقضي المادة (٥ معدلة بالقانون رقم ٤٥٤ لسنة ١٩٥٤) بأن يمنح الإذن الخاص المنوه عنه بالمادة السابقة بقرار من وزير الشئون البلدية والقروية وله الحرية أن يعطى هذا الإذن أو أن يرفضه كما له أن يجعله قاصرا علي الرهان المتبادل أو أن يحدد مدته.

ويجوز أيضا أن ينص في القرار علي تخصيص جزء معين من الأرباح الناتجة من استغلال الرهان لصرفه في تربية الخيل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة من سباق الخيل أو لصرفه في ترقية تعليم الرياضة البدنية أو في الأعمال الخيرية المحلية أو في أعمال الإسعاف أو الأعمال الاجتماعية النافعة أو لصرفه في هذه الشئون كلها معا وذلك طبقا للقواعد والشروط المبينة في القرار الذي يصدر بالإذن. ويحدد هذا القرار المكان أو الجهة التي يجب أن تجرى فيها المراهنة ولا تتعداها وينص فيه علي جميع الإجراءات اللازمة لحماية الجمهور من الغش والخداع.

وتقضي المادة ٦ (معدلة بالقانون رقم ٤٥٤ لسنة ١٩٥٤) بأن علي وزير الشئون البلدية والقروية تنفيذ هذا القانون ويجرى العمل به بعد مضى ثلاثين يوما من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية وعليه أيضا إصدار قرار بجميع الأحكام اللازمة لهذا التنفيذ. ويتبين لنا من نصوص المواد السابقة أن المشرع حظر أصلا عرض أو إعطاء أو تلقي الرهان علي سبقا الخيل ورمي الحمام وغيرها من الألعاب الرياضية بكافة صورها ولم يستثنى من الخطر المذكور سوى جمعيات السباق الموجودة وقت صدور القانون وغيرها من الجمعيات والأفراد الذين يقومون بتنظيم ألعاب وأعمال رياضية فأجاز لهذه الجهات وحدها إجراء الرهان المتبادل بمقتضي إذن خاص.

وفي ذلك تقول محكمة النقض بأن "يبين من استقراء نصوص المواد ١، ٤، ٥ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ المعدل بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ والقانون ٤٥٦ لسنة ١٩٥٤ أن المشرع حظر أصلا عرض أو إعطاء أو تلقى الرهان علي سباق الخيل ورمى الحمام وغيرها من الألعاب الرياضية بكافة صورها سواء أكان ذلك بالذات أو بالوساطة ولم يستثن من الخطر المذكور سوى جمعيات السابق الموجودة وقت صدور القانون وغيرها من الجمعيات والأفراد الذين يقومون بتنظيم ألعاب وأعمال رياضية فأجاز لهذه الجهات وحدها إجراء الرهان المتبادل وغيره من أنواع الرهان بمقتضي إذن خاص" (طعن رقم ١٢٤٠ لسنة ٣٧ق جلسة ١٦/١٠/١٩٦٧)

- **عقوبة الجريمة** :

يعاقب علي جرائم عرض الرهان وتلقي الرهان واستعمال النقود وإخفاء النقود والأوراق أو الأدوات المستعملة في الرهان أو المساعدة علي إخفائها وسماح صاحب المحل العام أو مديره بحصول مراهنات في محله بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تزيد علي ألف جنيه. فالقضاء بالحبس والغرامة معا وجوبي .

ويجوز للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة وعقوبة الحبس التي لا تزيد علي سنة لمدة ثلاث سنوات عملا بالمادتين ٥٥، ٥٦ عقوبات .

وفي حالة العود يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبات المتقدمة بشرط عدم تجاوز مثلى هذا الحد، أي لا تجاوز عقوبة الحبس ست سنوات، ولا تجاوز عقوبة الغرامة ألفى جنيه. وفي جميع الأحوال تضبط النقود

والوراق والأدوات المستعملة في الرهان ويحكم بمصادرتها لجاني الحكومة. وفي جريمة سماح صاحب المحل العام أو مديره بحصول مراهنات في محله مخالفة لأحكام القانون، يجوز للقاضي أن يحكم بإغلاق المحل لمدة لا تقل عن ثلاثة شهور ولا تتجاوز ستة أشهر، وفي حالة العود في مدى ثلاث سنوات يحكم القاضي بإغلاق المحل نهائيا. ويعاقب كل من راهن علي نوع من اللعاب سالفة الذكر مع أحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة الولي من القانون بالحبس مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تتجاوز خمسين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين . (راجع فيما تقدم عزمي البكري ص٥٠٦ وما بعدها)

وقد قضت محكمة النقض بأن "لم يرد بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ نص علي معاقبة من يراهن علي سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة مع أحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة الأولي من ذلك القانون —فلما صدر القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ بتعديل المادة الأولي من القانون سالف الذكر في شأن أركان الجريمة ومقدار العقوبة المقررة لها عدل كذلك المادة الثانية منه بإضافة فقرة ثانية استحدث بها جريمة التراهن نفسه.

وسياق المادة الأولي من القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ يفيد أن المشرع قصد بالعقوبة المغلطة الواردة بها معاقبة كل شخص يقبل الرهان من آخرين علي سباق الخيل أو الألعاب الأخرى سواء كان هذا القبول لحسابه الخاص أو لحساب شخص آخر. ولما كان الثابت مما أورده الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن الجريمة المسندة إلي الطاعنين الثاني والثالث تتمثل في ضبطهما يتراهنان لدى الطاعن الأول الأمر الذي تحكمه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧. فإذا الحكم إذ قضي بمعاقبة كل منهما بالحبس لمدة سنة وبغرامة قدرها ثلاثمائة جنيه قولا بأن جريمتهما تحكمها المادة الأولي من ذلك القانون يكون قد جانب التطبيق الصحيح للقانون مما يتعين معه نقضه بالنسبة لهما وتصحيحه بمعاقبة كل منهما بالحبس لمدة خمسة عشر يوما. أما بالنسبة للطاعن الأول فإن الحكم إذ دانه بالعقوبة المغلطة المنصوص عليها في المادة الأولي باعتباره متلقيا للرهان من الطاعنين الثاني والثالث يكون قد طبق القانون تطبيقا صحيحا . (طعن رقم ٢٠٩ لسنة ٣٤ق جلسة ١٨/٥/١٩٦٤)

- **البيوع الآجلة في البورصة** :

في البورصة يتعاقد المتعاملون في الأوراق المالية المسعرة أو في البضائع فلا يلتزم البائع بالتسليم الناقل للملكية، ولا يلتزم المشتري بدفع الثمن، إلا بعد أجل

يحل في يوم معين يسمى بيوم التصفية، وهذا ما يسمى بالبيع الأجل **(marcha a terme)**، ولما كان المبيع من المثليات، فهو إما أوراق مالية أو بضائع، فإن مثلها يوجد في السوق ويستطيع البائع وقت التسليم أن يشتريها بالنقد. ولذلك يعمد كثير من المتعاملين إل يبيع أوراق أو بضائع لا يملكونها وقت البيع، اعتمادا علي استطاعتهم الحصول عليها من السوق وقت التسليم، وهذا ما يسمى بالبيع الآجل علي المكشوف **(a decouvert)**.

وكثيرا ما تنصرف نية البائع إلي عدم التسليم أصلا، وتنصرف نية المشترى إلي عدم التسلم أصلا، وتؤول عمليتا البيع والشراء إلي مجرد دفع الفروق بين الأسعار. وبيان ذلك أن البائع يبيع بيعا آجلا مائة سهم مثلا بسعر السهم عشرة جنيهات، ويكون معتمدا علي أن سعر السهم سيهبط يوم التسليم إلي تسعة جنيهات، فهو إذن مضارب علي الهبوط.

أما المشتري الذي اشترى هذه الأسهم بسعر السهم عشر جنيهات، فإنه يكون معتمد علي أن سعر السهم سيصعد يوم التسليم إلي أحد عشر جنيها، فهو إذن مضارب علي الصعود. وعند حلول يوم التسليم قد يتحقق أمل البائع فينزل سعر السهم إلي تسعة جنيهات، وعند ذلك يسلم البائع المشتري مائة سهم سعر السهم منها تسعة جنيهات ويتقاضي منه الثمن علي أساس أن ثمن السهم هو عشرة جنيهات، بل يقتصر علي تقاضي الفرق من المشتري، فقد ربح في كل سهم جنيها واحدا، ويكون مجموع ربحه مائة جنيه يتقاضاها من المشتري. وقد يتحقق علي العكس من ذلك أمل المشتري، فيصعد سعر السهم إلي أحد عشر جنيها، وعند ذلك يكون المشتري هو الذي يتقاضي الفرق من البائع، وهو مائة جنيه عن الأسهم المائة. ونرى من ذلك أن البيع الآجل في البورصة الذي يؤول إلي مجرد دفع الفروق بين الأسعار هو عملية مضاربة، يضارب البائع علي الهبوط ويضارب المشتري علي الصعود، ومن ثم جاز إلحاقها بالمراهنة فالبائع يراهن علي هبوط السعر علي النحو الذي قدمناه. وإذا الحق البيع الآجل بالمراهنة، فإنه يكون كالمراهنة غير مشروع، ومن ثم يكون باطلا، ولا يلتزم الخاسر بدفع الفروق بين الأسعار، وإذا دفعها جاز له استردادها . (السنهوري ص٨٦٦)

غير أنه يشترط لصحة البيع الآجل الذي يؤول إلي مجرد دفع الفروق أن يكون قد انعقد في بورصة مرخص فيها وأن يكون قد انعقد طبقا لقانون البورصة ولوائحها،

وقد جاء نص التعديل صريحا في هذا المعني إذ يقول كما رأينا "الأعمال المضافة إلي أجل المعقودة في بورصة مصرح بها طبقا لقانون البورصة ولوائحها.." فإن لم يتوافر هذا الشرط وكان من الواضح أن البيع الآجل ليس إلا مجرد مراهنة بين المتعاقدين، فهو بيع باطل لأنه يكون مراهنة غير مشروعة. أما إذا تبين أنه بيع جدي، فإنه يقضي بصحته ولو انعقد خارج البورصة وآل إلي دفع الفروق.

وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا استبانت محكمة الموضوع أن البيع واردا علي صفقة من القطن كانت مزروعة فعلا في أرض الطاعنين ووقع البيع خارج البورصة ولم يكن معقودا بين طرفين من التجار ولا علي سبيل المقامرة وخلصت في قضائها إلي أن العقد لا ينطوي علي أعمال المضاربة المكشوفة والتي يقصد بها مجرد الإفادة من فرق الأسعار، فأعملت الشرط الإضافي في عقد البيع وأوجبت تنفيذه عينا بتسليم كمية القطن المتفق عليها أو دفع فروق الأسعار عن الجزء الذي لم يسلم منها، فإنه لا محل للتحدي بالفقرة الثانية من المادة ٧٣ تجاري التي تنص علي أنه لا تقبل أي دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول إلي مجرد دفع فروق إذا انعقدت علي ما يخالف النصوص المتقدمة . (نقض مدني ١٢ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٩٧ ص٦٤١)

كما قضت محكمة القضاء الإداري بأن "بورصة القطن إنما أنشأت لتأمين مراكز التجار وتحديد أسعار القطن علي أساس المنافسة الحرة القائمة علي العرض والطلب الخاليين عن عوامل الاصطناع، وفي تحقيق هذا الغرض وضعت البورصة نظما ولوائح تسير علي مقتضاها المضاربات العادية، فكل انحراف أو خروج علي هذه النظم يعد خروجا علي القانون يهدد الصالح الخاص والصالح العام علي السواء، وفي الواقع من الأمر لم تكن عمليات "الكورنر" إلا انحرافا عن المضاربات العادية، إلي أخطر أنواع المضاربات الغير المشروعة، والكورنر في حالتنا هذه كان اتفاقا بين قلة من التجار لحصول علي احتكار صنف القطن الأشموني أو معظمه خفية وفي غفلة من سائر التجار بقصد الاستيلاء علي ربح غير مشروع، فيعمل هؤلاء المحتكرون علي رفع الأسعار رفعا مصطنعا مستندين في ذلك إلي عمليات صورية وهمية للحصول علي فروق باهظة هي وليدة المقامرة، ودليل الاصطناع يؤيده الأمر الواقع، إذ بينما وصل سعر الأشموني إلي ١٥٤ ريالا داخليا صدره المحتكرون لروسيا بسعر ٦٣ ريالا وليوغوسلافيا بسعر ٧٣ ريالا، وكان السعر الداخلي للأشموني أعلي من سعر الكرنك

علي خلاف المعتاد فلم تعد هذه الأسعار تمثل الحقيقة حتى تؤخذ أساسا في المعاملات، وكان من أثر ذلك أن اضطرب السوق وتوقفت المعاملات. والاتفاقات التي تهدف إلي الاحتكار ورفع الأسعار إلي حد باهظ تعتبر باطلة من الناحية القانونية، سواء وقعت هذه الاتفاقات تحت طائلة القانون الجنائي أو لم تقع، إذ أنها طبيعتها ترمي إلي أغراض غير مشروعة ما دامت تقيد من حرية التجارة بوجه عام وتقضي علي المنافسة الاقتصادية المشروعة. وقد ثبت أن التعامل في سوق القطن علي صنف الأشموني كان قائما في موسم ١٩٤٩/١٩٥٠ علي أسس احتكارية ومضاربات علي الصعود غير مشروعة وأسعار مصطنعة، فتكون جميع العمليات التي قامت في ذلك العهد خاصة بهذا الصنف مبينة علي المقامرة، ومن ثم تعتبر باطلة قانونا" (محكمة القضاء الإداري ٢١ أبريل سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ رقم ٩٠٢ ص١٧٠٢)

وقد قضي بأن "التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة في البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩٣٣ م٤٥ ص٢٠٣ ص٥٠)

ويشترط بعض الفقهاء في مصر لصحة البيع الآجل أن يكون المتعاقدان من المشتغلين بالتجارة، حتى يكون البيع منعقدا طبقا لقانون البورصة ولوائحها. ويقول الأستاذ محمد صالح في هذا الصدد "لكننا نسارع إلي القول بأن صحة العقود الآجلة مشروطة بأن تكون حاصلة من المشتغلين بالتجارة، فإذا كان المضارب مستخدما في أحد المحلات التجارية أو البنوك أو موظفا في الحكومة، أو مستخدما أيا كان، جاز له إبداء دفع المقامرة (م٦٥ من اللائحة العامة لبورصة البضائع الآجلة)

كما أن السمسار الذي يثبت عليه أنه ساعد أو أغرى علي المضاربات غير مشتغل بالتجارة يحكم عليه من مجلس تأديب البورصة بغرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري، حتى بذلك تقتصر المضاربة علي المضاربين المدربين، ولأنه من المشاهد أن الأزمات المالية تقع غالبا بسبب سذاجة رواد البورصة غير الفنيين، فحزب الصعود يبدأ بالتأثير فيهم ويغريهم بأحلى الوعود، حتى إذا أمنعوا في الشراء تخلى عنهم، فلا يذوقون إلا حنظلا، وهذه هي سيرة كل الأزمات" (محمد صالح في القانون التجاري سنة ١٩٣٣ الجزء الأول فقرة ١٩٦ ص٣٥٧)

(الفهـــرس)